

**Parte Especial do Código Penal** – primeiro bloco de estudo que a gente vai fazer em relação a parte especial – por isso que falei que é importante vocês irem trabalhando com os blocos...

**1º Bloco – arts. 121 a 154 CP** – crimes contra a pessoa – a objetividade jurídica do **Título I da Pte Especial do CP** – e a pessoa, ou seja, o que se visa proteger com esses tipos penais e a pessoa.

Essa objetividade jurídica é decomposta em alguns bens jurídicos tutelados – que são basicamente a vida, a integridade corporal, a honra, a liberdade pessoal e a intimidade.

**Capítulo I** – trata dos crimes contra a vida – lembrem-se que o procedimento do Júri, por exemplo, ele é determinado – competência do júri é determinada constitucionalmente em relação aos crimes dolosos contra a vida – então os crimes de competência do júri vão estar nesse cap. I do CP.

Cap. I – Dos crimes contra a vida - objetividade jurídica – Vida.

Cap. II – Das lesões corporais – Integridade Corporal.

Cap. III – Da periclitada da vida e da saúde – Integridade Corporal.

Cap. IV – Da rixa – Integridade Corporal.

Cap. V – Dos crimes contra a honra.

Cap. VI – Dos crimes contra a liberdade individual.

Proteção tanto da liberdade pessoal qto da própria intimidade.

Art 121 CP – Matar alguém –

Princípio da especialidade – utilizado lá na pte de concurso aparente de normas penais – pelo princípio da especialidade – um fato que em tese se subsume a mais de uma norma penal – sendo que uma norma é geral e a outra norma é geral – pelo princípio da especialidade o fato deve ser tipificado de acordo com a norma especial deixando-se de lado a norma geral.

No art. 121 fazer remissão ao art. 29 da Lei 7.170/83 e ao art. 123 CP – ou seja, essas duas normas tb tratam de uma espécie de homicídio – mas espécies de homicídio qualificado, vamos dizer assim, não que sejam espécies qualificadoras – não é isso que estou querendo dizer – mas eu digo qualificadas pq são especiais, tem algumas características especiais em relação ao art. 121.

A Lei 7.170/83 trata de homicídio de algumas autoridades mencionadas nessa Lei – com motivação política – ou seja, se a vítima for algumas dessas autoridades mencionadas aqui no art. 29 da lei 7.170 - o crime será desse art. 29, e não do art. 121 do CP. Leu o artigo 29 – leu o art. 26 – da Lei 7.170 – vejam que se a morte for de alguma dessas autoridades com motivação política, ou seja, embora o art. 29 não se refira expressamente a essa característica, tem-se entendido que a Lei 7.170 exige uma

motivação política – pelo Princípio da Especialidade o crime não vai ser do art. 121 do CP e sim do art. 29 da Lei 7.170/83.

Outra remissão importantíssima – em relação ao crime de infanticídio, ou seja, se o alguém morto for o próprio filho e se o sujeito ativo do crime for a parturiente naquela condição psicológica do estado puerperal – nessa hipótese o crime não será do art. 121, e sim do art. 123 do CP. Qdo estivermos estudando o art. 123 do CP estaremos estudando a questão do concurso de pessoas no infanticídio – uma questão que deve ser tratada com calma por haver uma série de aspectos a serem mencionados aqui.

Princípio da especialidade – vai afastar a aplicação do art. 121 se houver a menção específica, tanto na legislação especial qto na pte especial do CP, de tipos com características especiais.

Então o art. 121 CP é uma norma geral que pode ser afastada pelo princípio da especialidade.

O capítulo I do homicídio, propriamente falando, ele trata do crime contra a vida extra-uterina, ou seja, aquela vida que começa com a respiração da pessoa – vale dizer que o aborto tb é um crime contra a vida – so que crime contra a vida intra-uterina.

Em relação a classificação dos crimes – é importante – lerem aquelas aulas em que falamos da classificação das infrações penais (crime material, crime formal, etc).

O crime de homicídio pode ser classificado como crime comum – e o crime que se contrapõe ao crime próprio, ou seja, não exige uma qualidade especial do sujeito ativo, pode ser praticado por qq pessoa – crime de homicídio não exige uma qualidade especial do sujeito ativo.

Crime material ou de resultado, ou seja, ele exige a superveniência do resultado morte para sua consumação. Não ocorreu o resultado morte – maximo que poderá acontecer é uma tentativa de homicídio.

Crime plurissubsistente – é aquele cujo atos executórios podem ser fracionados – ou seja, são aqueles que admitem tentativa.

Crime de concurso eventual – não se exige o concurso de mais de uma pessoa para que haja a consumação – mas eventualmente admite o concurso de pessoas.

A classificação de concurso eventual se contrapõe a classificação de concurso necessário – por exemplo – no crime de quadrilha – ele exige o concurso de pessoas para que haja a configuração.

Crime instantâneo – é aquele que se contrapõe ao crime permanente – ou seja, crime instantâneo é aquele que cuja consumação ocorre num momento pontual no tempo – crime instantâneo não é aquele como o crime permanente que se alonga, a consumação se alonga no tempo. Uma vez ocorrendo o resultado morte o crime estará consumado – não há como no crime permanente uma ligação intrínseca entre a consumação do delito

e a atividade do agente que vai se alongando no tempo – uma vez ocorrendo o resultado morte o crime estará consumado.

Crime instantâneo de efeitos permanentes.

Em regra o crime de homicídio é um crime comissivo, ou seja, ele é praticado mediante ação – estou falando de regra pq excepcionalmente vc pode visualizar uma hipótese de omissão imprópria – art. 13 § 2º CP – ou seja, omissão do agente garantidor que configure a hipótese de homicídio doloso – por exemplo – salva vidas que vendo durante o serviço um desafeto seu morrendo afogado, dolosamente deixa de salva-lo vindo a vítima a falecer – isso é homicídio doloso – não é omissão de socorro – a conduta desse salva-vida vai estar tipificada no art. 12 c/c art. 13 § 2º do CP.

Homicídio privilegiado – art. 121 § 1º CP – a doutrina assim trata essa hipótese de homicídio privilegiado – vejam que tecnicamente falando o art. 121 § 1º - não é uma hipótese de privilégio – o que é privilégio? Privilégio tal como na qualificadora – e caracterizado pela definição de uma conduta e pela cominação de uma pena individualizada pelo tipo penal. Vejam que o que tenho no art. 121 § 1º é uma diminuição de pena – não é um privilégio – se assim fosse o CP diria pena de tanto a tanto – então, privilégio é diferente de causa de diminuição de pena – embora a doutrina utilize dessa expressão de homicídio privilegiado.

Leu o dispositivo – art. 121 § 1º - vejam que aqui vc tem uma causa de diminuição de pena – chamada pela doutrina de homicídio privilegiado.

O “privilégio” mencionado aqui no § 1º do art. 121 – tem um caráter subjetivo – vai levar em consideração as motivações e as intenções do sujeito. Há basicamente três hipóteses:

1º - relevante valor social – estamos falando de aspectos relacionados com a coletividade, ou seja, sujeito que mata um político que esteja desviando verbas do seu Município – por exemplo – justamente em razão desses desvios de verbas. Hipótese diferente de um relevante valor moral – neste há um aspecto individualizado – não se está trabalhando com a questão da coletividade em si – exemplo – do pai que mata o estuprador da sua filha com objetivo de se vingar daquele crime que foi praticado – nessa hipótese poderia imaginar a aplicação do relevante valor moral.

2º - sob domínio de violenta emoção – vejam que isso não é hipótese de exclusão da imputabilidade – lembrar qdo estudamos o art. 28, I do CP e vimos que o nosso CP no que tange a definição da imputabilidade não adota a teoria psicológica – ou seja, a paixão e a emoção não excluem a imputabilidade penal – tanto não excluem que o art. 121 § 1º diz que se o crime for praticado sob o domínio de violenta emoção – não vai haver aí uma exclusão de imputabilidade – tão somente uma diminuição de pena.

Sublinhar a expressão “logo em seguida” – pq vejam que o art. 121 § 1º - tem uma redação diferente do art. 65, III, c do CP – esse trata de uma hipótese de atenuante genérica – esta se aplica na 2ª fase do sistema trifásico de aplicação da pena – leu o dispositivo – (fita acabou) - diferente do art. 121 § 1º - esse trata da hipótese do sujeito que logo em seguida a provocação reage e pratica o homicídio – o art. 65, III, c – e a

hipótese do sujeito que sofre uma provocação da vítima – guarda – amanhã eu resolvo isso com ele – e aí vc vai aplicar o art. 121 caput com essa atenuante do art. 65, III, c.

A atenuante do art. 65, III, C – tem a redação diferente do art. 121 § 1º CP – essa vai se referir a prática do homicídio logo em seguida a injusta provocação da vítima – não sendo a hipótese de retorsão imediata vc pode aplicar, mas só a atenuante – então vc aplica art. 121 caput com a atenuante.

Diferente é a hipótese do art. 65, III, a do CP – tem a mesma redação do art. 121 § 1º CP – então para o homicídio privilegiado vc não aplica essa atenuante genérica – pq senão haveria bis in idem – redução duas vezes pela mesma circunstância.

Se o júri por exemplo rejeita, afasta o privilégio – entende que na verdade não houve a prática do homicídio – sujeito impelido por relevante valor social ou moral – o juiz-presidente qdo vai aplicar a pena não pode aplicar essa atenuante – pq já houve a rejeição pelo júri – júri nos quesitos e perguntado se a pessoa praticou o homicídio por motivo de relevante valor social ou moral – se o júri responde que não – na hora de aplicar a pena, o juiz-presidente não pode aplicar a atenuante do art. 65, III, a – pq é a mesma circunstância. Diferente daqui – aqui se o júri rejeita art. 121 § 1º ele está rejeitando “logo em seguida” a injusta provocação da vítima – juiz pode entender diferentemente.

## Homicídio

Vamos continuar a estudar o crime de homicídio e aí começaremos a fazer, na medida do possível, alguns comentários sobre a legislação extravagante. Estaremos estudando a lei de tortura e adiantando outras leis, porque quando terminarmos a parte especial será feita uma seleção das leis extravagantes para comentar em sala, uma vez que é impossível comentá-las todas.

Lei 9455 ⇔ principais aspectos serão tratados na aula de hoje.

Na aula passada, falávamos do crime de homicídio e paramos no homicídio privilegiado. Vimos que ele está previsto no art. 121 do Código Penal e no caput temos a figura do homicídio simples, sendo que no § 1º há a figura do chamado homicídio privilegiado, embora tenhamos visto que não se trata de privilégio, este § 1º trata de uma causa de diminuição de pena que é aplicada ao homicídio, mas não constitui um privilégio.

Privilégio haveria se tivesse uma previsão de um homicídio privilegiado pela circunstância que houvesse a cominação de uma pena individualmente, especificamente considerada.

**Art. 121 - Matar alguém:**  
**Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.**  
**Caso de diminuição de pena**

*§ 1º - Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

.....

.....

Trata-se de uma causa de redução de pena, mas todos o conhecem como homicídio privilegiado. Tecnicamente falando, é necessário fazer este reparo. Vimos na aula passada que este privilégio tem caráter subjetivo, diz respeito aos motivos, intenções do crime, é circunstância de caráter subjetivo. Na aula passada mencionamos este aspecto que será fundamental para que se conclua as controvérsias que veremos na aula de hoje.

A primeira questão que se coloca em sede de doutrina é a possibilidade de existir homicídio privilegiado qualificado, ao mesmo tempo. Em um caso concreto é possível aplicar o art. 121, § 1º, juntamente com o art. 121, § 2º ?

Veremos que o homicídio qualificado contém algumas circunstâncias que são de caráter subjetivo e outras que são de caráter objetivo. Se fosse possível analisar cada inciso do § 2º do art. 121 chegaríamos à conclusão que os incisos I e II tratam de circunstâncias de caráter subjetivo porque dizem respeito às motivações que levaram o sujeito a praticar o crime de homicídio. Já os outros incisos se referem a circunstâncias de caráter objetivo. Isto será importante porque a análise do cabimento ou não do homicídio privilegiado qualificado passa pro esta questão o caráter objetivo ou subjetivo das circunstâncias. Qualquer corrente que se adote estará trabalhando com a idéia relacionada a isto, por isso é importante que a divisão seja feita quanto ao caráter objetivo ou subjetivo da circunstância.

Em relação ao cabimento do homicídio privilegiado qualificado, existem basicamente três posições a este respeito:

1ª ⇔ sustenta que não cabe a composição homicídio privilegiado/qualificado, pois a causa de diminuição de pena do art. 121, § 1º não se aplica ao homicídio qualificado. Isto porque a posição topográfica dos parágrafos afasta o privilégio. Aqui a interpretação é topográfica, prevalecendo a qualificadora porque se a lei quisesse que o privilégio se aplicasse à hipótese de qualificadora, o parágrafo do privilégio viria após o parágrafo da qualificadora e não é o que acontece, porque ele vem antes e se entende, segundo a perspectiva da interpretação topográfica que leva em conta a posição dos parágrafos, que se o legislador efetivamente quisesse que o privilégio incidisse sobre a qualificadora, o parágrafo do privilégio deveria vir após o parágrafo da qualificadora.

Esta posição é minoritária porque a interpretação topográfica deve ser considerada não isoladamente, ou seja, deve ser considerada em conjunto com outros elementos, com outras formas de interpretar o dispositivo, mormente quando nos leva a um resultado mais desfavorável ao réu, como acontece aqui. Para esta posição prevalece a qualificadora, de modo que a interpretação topográfica aplicada a esta espécie tende a levar a um resultado mais prejudicial ao réu.

Deve se ter em mente que a interpretação topográfica pode ser utilizada e até deve ser utilizada, mas não isoladamente, é necessário que haja outros instrumentos hábeis a ratificar esta

interpretação, razão pela qual esta primeira corrente é minoritária e além disso, é mais desfavorável ao réu.

2ª ⇒ existe a segunda posição no sentido de que prevalece o privilégio, pois o privilégio exclui as qualificadoras objetivas nos termos do art. 67 do Código Penal.

Concorrendo privilégio e qualificadoras objetivas, o primeiro prevalece por ter circunstâncias de caráter subjetivo. Este art. 67 trata do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. Ele não está trabalhando com a hipótese de qualificadora e privilégio, mas utilizando-se desta idéia contida no art. 67 que deve haver preponderância dos motivos determinantes do crime, extrai-se a ratio do art. 67 e a idéia é transplantada para o posicionamento da 2ª corrente.

O privilégio é uma circunstância de caráter subjetivo e as qualificadoras objetivas dizem respeito ao meio e modo de cometer o homicídio, então prevaleceria o privilégio. Não é possível em uma hipótese concreta imaginar a concorrência de qualificadoras subjetivas com o privilégio que é também subjetivo porque seria difícil imaginar um crime de homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral e ao mesmo tempo praticado por motivo fútil ou torpe. Há uma incompatibilidade lógica, não há possibilidade de concorrência de qualificadoras subjetivas com o privilégio que tem caráter subjetivo. Então estamos trabalhando com esta posição com a concorrência de qualificadoras objetivas e privilégio, devendo prevalecer, segundo esta corrente, o privilégio porque utiliza-se a idéia do art. 67 do Código Penal.

Na verdade, esta segunda posição, embora minoritária, é mais favorável ao réu. Dependendo da prova que se esteja fazendo, e consignando que há ciência de que a posição é minoritária e citando a posição majoritária, é possível, dependendo do caso este posicionamento. Segundo esta posição prevalece o privilégio, apenas por se utilizar da idéia do art. 67 que nada tem a ver com o caso, mas é transplantado para o âmbito desta análise.

3ª ⇒ majoritária. Admite a existência de homicídio privilegiado qualificado. Na verdade, o privilégio pode concorrer com as qualificadoras objetivas, jamais com as de caráter subjetivo. Mesmo para este terceiro posicionamento não cabe a concorrência do privilégio com as qualificadoras subjetivas; isto não é possível porque há uma incompatibilidade lógica. Podem ser aplicados os dois dispositivos do art. 121: o § 1º e o § 2º.

O juiz aplica, tipifica a conduta nos termos do art. 121, § 2º e faz incidir sobre esta pena aplicada o 121, § 1º, que é a causa de diminuição decorrente do privilégio. É possível imaginar um exemplo de homicídio privilegiado qualificado, dentro desta terceira posição, que é a majoritária.

Ex.: pai que mata estuprador de sua filha, utilizando-se de emboscada, que é uma circunstância qualificadora objetiva o inciso IV do § 2º art. 121, ou então utilizando-se de veneno, asfixia, ou qualquer meio mencionado no inciso III do mesmo parágrafo.

É perfeitamente possível imaginar que aquele pai está cometendo o crime por relevantes motivos de valor moral e ao mesmo tempo está utilizando-se de um meio que qualifica o crime de homicídio, caracterizando a hipótese de crime privilegiado qualificado. Damásio adota o terceiro ponto de vista e inclusive dá diversos exemplos em seu Código comentado.

## Homicídio qualificado

Quando se fala em homicídio qualificado, trabalha-se basicamente com quatro hipóteses. O homicídio pode ser qualificado quanto aos motivos, quanto ao meio, quanto ao modo e quanto à finalidade.

Quanto aos motivos, há uma questão muito importante que é a atinente aos incisos I e II do § 2º do art. 121; quanto ao meio está no inciso III, quanto ao modo no inciso IV e quanto à finalidade, no inciso V.

Quanto aos motivos:

*I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;*

*II - por motivo fútil;*

O que seria o motivo torpe? Seria o relacionado a uma intenção vil, reprovável moralmente, como o homicídio praticado por inveja, ou o praticado pelo marido que se sente furioso pela mulher não aceitar a reconciliação.

Todas as hipóteses de homicídio qualificado são hipóteses de crime hediondo. No art. 121, § 2º do Código Penal deve-se fazer uma remissão ao art. 1º, I da lei 8.072/90, que é a Lei dos Crimes Hediondos. O homicídio qualificado, tanto consumado quanto tentado são crimes hediondos com todos os consectários que já vimos acerca da aplicação da lei 8.072, ou seja, a questão do regime integralmente fechado, as questões processuais penais sobre o descabimento da liberdade provisória, etc.

Art. 1º, I da Lei 8072:

Ambas as hipóteses são de homicídios simples e quando é praticado em atividade típica de grupo de extermínio também é considerado crime hediondo e o homicídio qualificado. Deve ser feita a remissão no art. 121, § 2º para a Lei dos Crimes Hediondos. Todas as hipóteses do § 2º do art. 121 são de crime hediondo, como o exemplo mencionado da mulher que é morta pelo marido em razão de rejeitá-lo. Esta hipótese é de se considerar crime hediondo quando se encaixa em motivo torpe.

Permanece ainda a seguinte pergunta: admitindo que a posição majoritária seja a de que se pode falar em homicídio privilegiado qualificado, será que este homicídio é considerado crime hediondo?

Aqui também há dois pontos de vista com fundamentos bastante razoáveis:

1º ⇔ entende que o homicídio privilegiado qualificado é crime hediondo com fundamento em que o privilégio (art. 121, § 1º do Código Penal) é causa de diminuição de pena que influi tão somente na quantificação de pena, mas não na qualidade do crime, porque o crime continua sendo tipificado no 121, § 2º e sobre a pena do 121, § 2º é que vai incidir a causa de diminuição de pena. A qualidade do crime é definida no art. 121, § 2º. A caracterização do privilégio será a causa de diminuição de pena. Quando a lei 8072 no art. 1º, I diz que o homicídio qualificado enquadra-se na

categoria dos crimes hediondos, aplicar-se-ia a questão do homicídio privilegiado qualificado. Este posicionamento é minoritário.

2º ⇒ Damásio entende que o crime de homicídio privilegiado qualificado não é hediondo, pois nos termos do art. 67 do Código Penal a circunstância subjetiva do privilégio deve prevalecer sobre as qualificadoras objetivas.

Este entendimento é majoritário e usa como fundamento o in dúbio pro réu, ou seja, havendo argumentos razoáveis tanto para o primeiro posicionamento que considera crime hediondo quanto para o segundo posicionamento que não considera crime hediondo, deve prevalecer a posição mais favorável ao réu. Na hipótese é a segunda posição. Não se aplica a lei 8.072. As consequências da aplicação desta lei são gravíssimas e se existe dúvida a este respeito deve vigorar o entendimento em favor do réu.

Voltando à questão do motivo torpe, estávamos falando que ele é o motivo reprovável moralmente e vimos o exemplo da inveja ou o marido que mata a esposa em razão da rejeição, etc. Mas a pergunta que se coloca e a questão controvertida no motivo torpe é a seguinte: a vingança é considerada motivo torpe? Vejam que isso é fundamental na análise do motivo torpe porque já vimos que as consequências jurídicas são muito grandes, porque se considero uma hipótese como motivo torpe o crime é hediondo.

1 ⇒ Damásio e Hungria vão defender que a vingança pode ser motivo torpe, mas nem sempre é. Geralmente a vingança decorre de um motivo ruim, mas nem sempre.

Ex.: pai que resolve, por relevante motivo de valor moral, matar o estuprador de sua filha. Nesta morte existe também sentimento de vingança, mas nesta hipótese ela não configura motivo torpe porque é inserida em motivo de relevante valor moral. Neste exemplo não é considerada motivo torpe.

Ex.: traficante querendo se vingar de um rival no comércio de drogas resolve matá-lo. Neste caso é considerado motivo torpe.

A vingança, segundo esta perspectiva, pode ou não ser considerada motivo torpe, dependendo do caso concreto. Se ficar configurado que ela decorre de motivo relevante valor moral ou social não há como tipificar a conduta no âmbito do motivo torpe. É preciso analisar o caso concreto.

2 ⇒ Delmanto e Paulo José da Costa Júnior vão entender que ela não é motivo torpe em nenhuma hipótese. O melhor posicionamento é o primeiro porque depende do caso concreto. Nos exemplos anteriores que são paradigmáticos podemos notar a diferença entre duas hipóteses de vingança.

Indispensável a leitura de Código Penal comentado na parte especial.

Outra questão importante que geralmente é pedida em prova: motivo fútil. Ele é o motivo banal, de somenos importância, muito insignificante, desproporcional em relação ao ato de matar.

Ex.: homicídio praticado em razão de uma briga de dois torcedores em discussão de futebol. A discussão de futebol não pode ensejar o ato de matar.

Ex.: Um pai resolve matar o outro em razão de briga de crianças.

Aqui a discussão que se coloca é em razão da ausência de motivos. Muitas vezes no Processo Penal a dilação probatória acontece e no interrogatório o juiz pergunta porque o réu teria praticado o crime e ele não sabe dizer porque, não se descobre o motivo para a prática do homicídio. A ausência de motivos pode ser equiparada a motivo fútil?

Majoritariamente entende-se que se não há motivo não se pode equiparar a ausência de motivos a motivo fútil.

Quem entende que pode equiparar (visão minoritária entende que se o motivo fútil enseja a qualificadora, com muito mais razão a ausência de motivos) ⇔ Marcelo Jardim Linhares, Euclides Custódio Silveira.

Dependendo da prova pode ser defendido o segundo ponto de vista, mas lembrando que majoritariamente tem se entendido que até pelo motivo da taxatividade da lei penal, pelo princípio da legalidade há o desdobramento da *lex stricta*, ou seja, a taxatividade da lei penal é um desdobramento do princípio da legalidade.

Entender como o segundo posicionamento seria uma analogia *in malam partem*. A taxatividade nos leva ao primeiro posicionamento, embora se saiba que raciocinando por este ponto de vista, poderia se entender que quem pode o mais pode o menos, mas aqui se trata de uma norma penal incriminadora que tem como consequência jurídico penal a incidência da lei dos crimes hediondos.

Aqui há uma discussão doutrinária sobre o ciúme: há quem entenda que é motivo fútil e há quem entenda que não.

Esta hipótese é para o caso de não se descobrir o motivo após a dilação probatória, porque o juiz pode descobrir o motivo, surgir uma testemunha que vê o casal brigando o tempo todo, etc. não se aplicando neste caso a ausência de motivo.

Ainda em relação ao meio, temos que estes meios mencionados no art. 121, § 2º: veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura, são todos meios que causam sofrimento à vítima. Vejam que nesse inciso III do § 2º do art. 121 aplica-se o que a doutrina chama de interpretação analógica, que não se confunde com a analogia. Quando se fala em analogia, fala-se em método de integração, um método de preenchimento de lacuna da lei. Ela é aplicada quando há um silêncio da lei em relação ao fato que se está analisando. Veja que temos no âmbito da analogia a ausência de dispositivo legal e o juiz, como não tem dispositivo legal para aquela hipótese aplica o dispositivo previsto para um caso semelhante àquela hipótese que ele está analisando.

A analogia, nas normas penais incriminadoras é proibida quando desfavorável ao réu. Vejam que é desdobramento do princípio da legalidade, da *lex strictae* já falado, o princípio da taxatividade. A interpretação analógica é permitida no âmbito das normas penais incriminadoras. Na interpretação

analgica, existe uma previsão legal, mas o legislador se utiliza de uma técnica legislativa de enumeração de hipóteses e da utilização de uma cláusula genérica que diz o seguinte: tudo o que parecer com o que eu disse anteriormente, como no inciso III:

**III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;**

Vejam que qualquer meio que cause sofrimento na vítima ou qualquer meio que cause perigo comum pode ser enquadrado neste âmbito.

Ex.: na morte causada por esquartejamento vai haver crueldade no meio.

A interpretação analógica não fere este desdobramento da *lex strictae*, a taxatividade da lei penal, então é importante a menção porque o exemplo clássico da interpretação analógica é o que se examina os meios no homicídio qualificado.

Vamos abrir um parênteses para falar sobre a tortura. O § 2º, III menciona a tortura como hipótese de qualificadora do homicídio. É indispensável perguntar: em qualquer hipótese em que há morte e tortura vou aplicar o art. 121 ou aplicar a lei de tortura? Quando vai se aplicar a lei de tortura havendo morte em determinada hipótese? Qual é no concurso aparente de normas a tipificação de hipótese em que há morte e tortura? Vamos trabalhar com três hipóteses:

1ª hipótese ⇒ crime do art. 1º, § 3º da lei 9455/97. esta lei é a chamada lei de tortura e prevê o crime de tortura nos termos do art. 1º:

É indispensável ter em mente que a tortura tem sempre uma finalidade. O art. 1º da lei de tortura quando define o crime de tortura, crime doloso, além do dolo de torturar, que é elemento subjetivo geral, existem ainda especiais fins de agir, especiais intenções que o agente precisa ter na hora em que pratica a tortura, senão não há crime da lei de tortura.

Se não há esta intenção, esta motivação do agente, a hipótese não é de crime da lei de tortura porque a tortura é forma de constrangimento que tem um especial fim de agir, tem especiais motivações e vejam que não é preciso que o agente consiga esta finalidade para que o crime esteja consumado, basta que no momento em que estiver agindo tenha esta intenção.

Ex.: maus policiais que torturam presos para que eles confessem a autoria de uma determinada infração penal. Este policial pode ter praticado a tortura com este objetivo e o preso não confesse nada. Mesmo assim o crime estará consumado, mesmo que não se alcance a finalidade de se obter a confissão. Basta que no momento em que ele esteja praticando a tortura tenha um destes objetivos.

Questão de prova em que o examinador não coloca uma destas finalidades, a hipótese não é de lei de tortura porque a lei de tortura tem que estar vinculada a uma destas finalidades para estar tipificada nesta lei.

Ex.: Mau policial que pratica dolosamente a tortura em um preso para que ele confesse a prática da conduta criminosa. Em razão da utilização da tortura e da fragilidade do preso vem a

ocorrer a morte do preso. Qual é a tipificação da conduta? Neste exemplo há o dolo na tortura e o resultado morte a título de culpa, ou seja, o sujeito não observa o dever de cuidado e vem a causar a morte do preso. Nesta hipótese a conduta se tipifica no art. 1º, § 3º da Lei 9.455/97:

***§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.***

Na verdade há a menção do resultado de lesão corporal de natureza grave ou gravíssima e morte a título de culpa. Embora o § 3º não deixe isto de forma muito clara, quando utiliza a expressão “se resulta morte ou lesão corporal” está se referindo ao resultado a título de culpa. Então esta conduta do policial que objetivando a declaração ou confissão do preso pratica tortura em relação a este preso, tem-se como resultado morte a título de culpa, a tipificação do art. 1º, § 3º da Lei 9.455/97.

Ex.: policial resolve praticar tortura com o mesmo objetivo e o torturado não fala nada, então o policial resolve matá-lo. Há o dolo inicial da tortura com o objetivo de conseguir uma declaração e no curso da tortura há a existência do dolo de matar. Há a prática do art. 1º da Lei 9.455 combinado com o art. 121 do Código Penal na forma do art. 79 do Código Penal (em concurso material). Inicialmente o dolo era de tortura e depois passou a ser de matar. Há quem entenda que é concurso formal impróprio, conforme art. 70, § único do Código Penal, que ocorre quando há uma única conduta que pode ser dividida em vários atos, com desígnios autônomos. Em qualquer dos casos o réu responderá pelas penas dos crimes somados. Se tipificar na forma do art. 70, § único em uma prova, deve ser fundamentada a questão na conduta única que pode ser dividida em vários atos.

Ex.: art. 121, § 2º, III do Código Penal. Policial desde o início atua com o animo de matar e escolhe a tortura como meio de praticar o crime de homicídio. Traficante resolve matar seu inimigo, mas se utiliza de requintes de perversidade para conseguir a morte. Nesta hipótese, desde o início a intenção era matar e o meio era a tortura.

Embora a tortura seja equiparada a crime hediondo há nuances, porque o regime que atualmente não é integralmente fechado.

O promotor esclarece os fatos e depois tipifica.

Na hipótese em que o sujeito pega pesado na tortura e acaba por matar o preso, pode também ser considerado dolo eventual porque o torturador está assumindo o risco de matar o preso, mas tem que estar claro na questão a existência do dolo eventual.

Pergunta ⇔ neste caso pode haver alguma ocasião em que o 121 venha a ser qualificado não pelo inciso II, mas por outra, porque por exemplo, se ele está sendo torturado a ele não está sendo permitida chance de defesa? Não, porque a tortura já pressupõe que o torturado esteja subjugado ao torturador.

Vamos ver ainda no inciso III do art. 121 uma observação que diz respeito à parte final do inciso III:

**III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;**

Se da utilização do meio resulta perigo comum para outras pessoas, o sujeito responde por homicídio qualificado mais o crime de perigo comum.

Ex.: A objetivando matar B, atea fogo à sua casa. Se o incêndio causar perigo comum a seus vizinhos, ele responde pelo homicídio qualificado mais o crime de perigo comum que é o do art. 250 do Código Penal:

Todos os crimes dos artigos 250 e seguintes, o sujeito pode responder por eles e pelo homicídio qualificado e não há que se falar em bis in idem porque a qualificadora do homicídio se refere àquela vítima que ele objetivava matar e em relação a outras vítimas configura crime de perigo comum, porque existem objetividades jurídicas diferentes. Existem vítimas diferentes, portanto, não se aplica aqui o princípio da consunção; o sujeito responde pelos dois crimes.

No exemplo que estamos mencionando, o sujeito responde pelo crime do art. 250 do Código Penal e pelo 121, § 2º, III. É indispensável anotar o art. 258 do Código Penal:

Ex.: o sujeito pratica o incêndio em relação àquela vítima que ele queria matar e o incêndio mata outras pessoas que estão na redondeza, pode-se dizer que é uma forma qualificada do crime de perigo de incêndio.

É indispensável no art. 121, § 2º, III sublinhar a expressão “resultar perigo comum” e fazer a remissão para os artigos 250 e seguintes do Código Penal. Há necessidade de se observar que o sujeito responderá pelos dois crimes, não há consunção aqui, as objetividades jurídicas são diferentes.

Vamos falar agora sobre o inciso IV do art. 121, § 2º, o homicídio qualificado quanto ao modo:

***IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;***

Vejam que há aqui a questão da interpretação analógica, a expressão ***“ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”*** é também hipótese em que se utiliza a interpretação analógica. O mais importante em relação ao homicídio qualificado diz respeito à finalidade, que está no inciso V do § 2º do art. 121:

***V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:***

Aqui há quatro hipóteses diferentes. O homicídio qualificado na questão da finalidade pode ser dividido nestas quatro hipóteses e veremos:

Primeiro um homicídio que vou chamar de crime 1 e depois a prática de outro crime que chamarei de crime 2. O homicídio é praticado para garantir a execução do crime subsequente. O homicídio tem a conexão teleológica com o crime 2, de acordo com a doutrina.

Ex.: estuproador que mata o marido para conseguir obter o estupro da esposa. É qualificado pela conexão teleológica. Obviamente o outro crime não poderia acontecer com relação à própria vítima.

A mesma coisa ocorre com a extorsão; o agente não pode matar a própria vítima para garantir a extorsão, mas pode matar terceiro para garantir a extorsão em relação à vítima.

Obs.: nesta hipótese de conexão teleológica devemos observar que o outro crime não seja o roubo, porque se o crime for o roubo a hipótese será de latrocínio (art. 157, § 3º do Código Penal).

Latrocínio, na verdade, é homicídio qualificado especial e tem artigo próprio para ele. É homicídio com conexão teleológica cujo crime fim que o agente objetiva é o roubo. Não se aplica o art. 121, § 2º do Código Penal.

Pergunta ⇨ Isto ocorre mesmo que a vítima do homicídio não seja a vítima do roubo? Sim, sempre latrocínio.

Na hipótese de estupro, a pena é de 12 a 30 anos e se a hipótese é a de matar para roubar a pena é ainda maior, de 20 a 30 anos.

Ainda no inciso V há outras três hipóteses que são chamadas conexão consequencial.

Ex.: seqüestrador que mata a vítima para não ser reconhecido.

Quando se fala em impunidade, fala-se em crime que já foi descoberto, mas que o agente pretende não ser punido.

Ex.: agente mata testemunhas para que elas não venham a depor em seu desfavor.

Na garantia da impunidade o crime já foi descoberto, mas o agente pretende não ser punido, enquanto que para garantir a ocultação é diferente, o crime ainda não foi descoberto.

Para garantir a vantagem ⇨ comparsa mata os demais para ficar com todo o produto do furto.

Todas as três últimas hipóteses são chamadas conexão consequencial e a primeira chama-se conexão teleológica pela doutrina.

Homicídio culposo ⇨ art. 121, § 3º

O tipo culposo é um tipo penal aberto, ou seja, devemos lançar mão do art. 18, II do Código Penal:

Para que se veja se determinado homicídio é culposo ou não deve-se analisar se houve negligência, imperícia ou imprudência naquele caso concreto. Estudamos que existem elementos do crime culposo: conduta humana voluntária, nexos de causalidade, resultado, não previsão do resultado e inobservância do dever objetivo de cuidado. Esta inobservância é caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência.

Ex.: pessoa que é responsável pela análise da composição e qualidade de medicamentos, do controle de qualidade e ela vem, por negligência a deixar de examinar de uma forma correta aqueles medicamentos de determinado lote e algumas pessoas vêm a falecer pela ingestão de medicamentos daquele lote. Nesta hipótese a pessoa vem a responder por homicídio culposo em razão da imperícia. As hipóteses são muitas em que se imagina o homicídio culposo.

Obs. Importante ⇨ pelo princípio da especialidade, no art. 121, § 3º, deve-se fazer uma remissão para a lei 9503 que é a lei de trânsito, o CTB, que no art. 302 prevê homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Vamos falar sobre as causa de aumento de pena no art. 121, § 4º, que tem a redação determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:

Aqui há uma salda de causa de aumento de pena. É preciso dividi-lo em duas partes distintas: a primeira parte dele se refere ao homicídio culposo, é causa de aumento própria de homicídio culposo. A segunda parte dele diz respeito a causa de aumento aplicado a homicídio doloso.

A primeira parte se aplica ao homicídio culposo e a primeira observação é que esta inobservância de regra técnica que não se confunde com a imperícia. Na imperícia há indicação de uma inabilidade profissional, enquanto na inobservância o sujeito conhece as regras técnicas, mas não as observa no caso concreto, é o sujeito displicente, ele sabe o que tem que fazer e não faz e esta é a hipótese de aumento de pena.

Outra observação diz respeito ao agente que deixa de prestar imediato socorro à vítima. Quem está envolvido em homicídio culposo não responde por omissão de socorro, a omissão de socorro para ele é causa de aumento de pena. Se ele pode e deixa de prestar socorro à vítima não responde pela omissão de socorro, responde pelo homicídio culposo com a pena aumentada. Logicamente que terceiros que não estão envolvidos no crime de homicídio culposo podem responder pelo crime de omissão de socorro, mas para quem está envolvido é causa de aumento de pena.

Se a vítima já está morta não incide a causa de aumento, só incidirá se a vítima ainda puder ser salva.

Se o sujeito sofre risco de linchamento não incide a causa de aumento (casos já decididos pela jurisprudência).

O inciso V trata do perdão judicial

Nesta hipótese deve-se fazer remissão à Súmula XVIII do Superior Tribunal de Justiça que se posiciona na controvérsia sobre a natureza da sentença que concede o perdão judicial. Por esta Súmula a sentença é declaratória da extinção de punibilidade, não é condenatória.

Ex.: o próprio agente sofre conseqüências graves pela conduta. Sujeito que é responsável por fechar as comportas de uma hidrelétrica e naquele dia por negligência deixa de fazê-lo. Se ocorre

uma inundação com mortes, se o próprio sujeito é atingido pela inundação, fica paraplégico, nesta hipótese se aplica o inciso V, ou o filho, a esposa dele venham a ser atingidos.

Art. 122 do Código Penal:

Têm-se a questão de se diferenciar a prática do art. 122 do crime de homicídio.

A primeira observação importante é que necessariamente, para que a pessoa responda pelo crime do art. 122 ela não pode ter praticado nenhum ato executório. Se ela pratica qualquer ato executório do suicídio, ela responde por homicídio, porque o crime do art. 122 só corresponde à participação moral ou auxílio material ao suicida.

Ex.: fornecer corda para o enforcamento, fornecer arma, etc.

Isto será fundamental quando se estuda o pacto de morte, tratado nos livros de doutrina.

Outra observação é que o suicida tem que ter capacidade de discernimento, de resistência, porque se ele for uma pessoa absolutamente incapaz ou menor de 14 anos a hipótese será de homicídio e não do crime do art. 122. o suicida tem que ter capacidade de entender o que faz. Três hipóteses podem acontecer:

1. se a pessoa é maior de 18 anos, tem-se o crime do art. 122, caput.
2. se a pessoa é menor de 18 e maior de 14 anos, tem-se o crime do art. 122, § único, II do Código Penal.
3. se a pessoa é menor de 14, ou então absolutamente incapaz o crime é de homicídio.

Outra observação ⇔ o crime do art. 122 do Código Penal só é punido se houver lesão corporal grave ou morte. Se não houver, ou houver lesão corporal leve, não há punição da conduta pelo art. 122, porque a morte e a lesão corporal grave são condições objetivas de punibilidade, segundo a doutrina. Conseqüentemente não cabe tentativa porque se exige o resultado lesão corporal grave ou morte.

Classificação do crime do art. 122 ⇔ crime material, instantâneo e comissivo. Vejam que a classificação é a mesma do crime do art. 121.

Próxima aula ⇔ Pacto de morte para fechar o art. 122

## PENAL

**PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE** – a maioria dos autores, principalmente os constitucionalistas, seguindo a orientação do STF, que as expressões “proporcionalidade” e “razoabilidade” são sinônimas. Luis Alberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes assim se posicionam, trazem essa idéia de similitude dessas Expressões.

No âmbito do direito administrativo, procuram estabelecer esses princípios e afirmam também ser equivalentes. Celso Antonio Bandeira de Mello, que fala sobre esses dois princípios acaba por deixar que a razoabilidade e proporcionalidade no final se confundem, porque esta última é uma especificidade da razoabilidade.

Há doutrinadores que com uma tese de mestrado pelo promotor marcos Maseli, que tentam estabelecer uma distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, se formos constatar, Barroso e Gilmar Ferreira Mendes tem razão, não há efetivamente diferença prática, o que pode se dar quanto à origem.

Portanto tratemos destas expressões como sinônimas, fazendo menção a referências históricas.

O direito americano sofreu grande influência do direito inglês com a origem da razoabilidade na idéia do devido processo legal, e se se originando na Inglaterra a carta de direitos do 1215, com a expressão “a lei da terra”, logo, *locus of lenem*.

As leis expostas ao homem devem atuar com respeito, não devem atuar desarrazoadamente impondo restrições ou limitações. A atuação de qualquer pessoa deve se fazer dentro de certos critérios.

A carta de direitos de 1215 vai cercear a idéia de poder absoluto. Impondo limitações de atuação, com chancela de um grupo de pessoas. Chegamos a um momento onde a idéia da CF vai aflorar, ou seja, em finais do séc. XVIII surge então a 1ª CF norte-americana, sedimentando a idéia de limites de poderes. E começando a trazer o devido processo legal, a EC. 14, em finais do séc. XIX, que consagra o devido processo legal, e reforça o entendimento da Suprema Corte norte-americana, quanto à necessidade de se respeitar certos valores quanto o estado pretender impor limitações ou restrições a direitos. Promoveu o que se chama de **ativismo judicial** norte-americano, atuação da Suprema Corte americana voltada por afirmar os direitos do cidadão em face da evolução do Estado restritivo ou limitador desses direitos.

Na década de 30 a suprema corte norte-americana começou a oferecer resistência ao *New Dial*, o plano econômico do presidente Franklin Roosevelt, a ponto de tentar ampliar o número de membros daquela Suprema Corte, que se compõe de 9 julgadores, até que a suprema Corte deu uma clama ao executivo, fazendo com que ele voltasse atrás com a idéia de ampliar os seus membros. Posteriormente, na dec. de 60 e 70 a suprema corte volta à atuação ativa de afirmar direitos e estabelecer limites a regras restritivas, a fazer respaldar a idéia do devido processo legal, não se restringiria à atuação judicial, também estaria voltado à atuação administrativa e legislativa. No sentido de que estas deveriam se fazer com respeito aos valores materiais que autorizam eventuais limitações.

O legislativo ao elaborar normas deve buscar os verdadeiros anseios sociais, quando estas estabelecem *discrimens*. Se o legislativo não reflete o querer material da sociedade, está

descumprindo o processo de formação da norma. Está descumprindo o devido processo legal, a trazer a inconstitucionalidade da norma.

Se o legislativo começa a atuar estabelecendo *discrimens* desarrazoado, está afrontando o devido processo legal, contrariando o querer constitucional.

**Razoabilidade** – preso ao devido processo legal, “*Due process of law*”.

Nos países positivistas, a Alemanha talvez seja o país onde essa idéia aflorou mais sedimentada, no pós-guerra, após a CF, aflorou toda a teoria baseada na mesma idéia, porém com a denominação proporcionalidade, a atuação legiferante e administrativa, sempre que se representa uma restrição deveria colocar-se proporcional aos fins almejados.

Proporcionalidade vinculada a três elementos:

\* adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito.

- adequação: aptidão para obter os fins desejados;
- necessidade: ter instrumental obrigatório para se atingir aquele fim, ter o mecanismo como único;
- proporcionalidade ou plausibilidade: do meio utilizado.

Esses elementos efetivamente são utilizados no Brasil pela doutrina e diante da evolução da razoabilidade no direito norte-americano e proporcionalidade do direito alemão e que acabamos construindo a idéia do Brasil.

A conduta que se faça respeitante desse princípio será aquela adequada, necessária e proporcional aos fins almejados, essa idéia se coloca traduzida no art. 2º, VI da lei nº 9784, aos mencionar que a administração deverá se utilizar meios necessários a atingir o fim almejado.

Onde se coloca o princípio da razoabilidade em nosso ordenamento? Em que disposição constitucional está disposto este princípio/ no âmbito infraconstitucional coloca-se face constataremos este princípio no inciso VI, art. 2º da lei nº 9784 e no âmbito da Cf, no inciso LV, art. 5º, que trata do devido processo legal.

O STF por influência do direito norte-americano entre a década de 60 e 70 afirmou esta idéia em um **artigo que se encontra na secretaria**, onde Gilmar Ferreira Mendes ao traçar a evolução do princípio da razoabilidade, o STF mostra influência do direito norte-americano e o nosso direito tira influência desta posição. O STF em vários julgados afirmou esta idéia, onde faz decidir a inconstitucionalidade de uma norma que estabelecia um título como valor que comprometia a idéia de capacidade contributiva e por isso corresponderia a um confisco vedado pela Cf. ao assim fazer, o legislador estabeleceu uma norma desarrazoada, teria afrontado o devido processo legal de formação da mesma. Quebrando a isonomia. Em uma 2ª situação o STF entendeu inconstitucional em um dos artigos do antigo estatuto da OAB, lei nº 4215, estaria ferindo a CF., ao estabelecer a quarentena aos magistrados aposentados.

Estabelecia que os magistrados aposentados não poderiam advogar por um período de 2 anos. Em finais da década de 60 e 70, duas grandes figuras acabavam de se aposentar do supremo – Vítor Nunes e Evandro e Lins e Silva.

A ditadura os “convidou” a uma retirada do Supremo e eles tinham que voltar a atividade,

Convocaram o presidente da OAB, que provocou o procurador-geral da república da época, porque antes de 88 quem tinha legitimidade para ajuizar uma ADIn era apenas o procurador-geral da república. Este arguiu a inconstitucionalidade deste artigo do supremo. O supremo declarou a sua inconstitucionalidade sob o argumento da pronta razoabilidade, esta disposição estabelecia um *discrimen* inadequado, feria o devido processo legal, quebrava a razoabilidade, na medida em que os aposentado magistrados poderiam se tornar advogados tinham habilitação, sem falar em eventual benefício ou carta de influência, os magistrados têm prerrogativas para não se deixar levar por pedidos ou outras situações. Havia quebra da norma constitucional e assim foi reconhecido pelo supremo.

**Hoje parece que terá uma emenda estabelecendo esta quarentena. A isonomia varia de tempo em tempo; é passível de modificação, nós podemos ter adequada esta limitação, suspensão.**

No âmbito constitucional a razoabilidade vai entrar na idéia do devido processo legal. Se na década de 70 o supremo já se valia deste princípio para adequá-lo no âmbito constitucional, seria correto falar que já nesta década a razoabilidade era colocada no âmbito do direito administrativo? Ainda não, consciente usada essa expressão, a mesma era utilizada como forma de identificação da quebra do princípio da isonomia. Porém não com um princípio próprio. A razoabilidade e a proporcionalidade vão entrar no direito administrativo em finais da década de 80 e início da década de 90. Este princípio entra no direito administrativo com força da influência norte-americana, mais principalmente da influência alemã, por pressão do direito constitucional.

A maioria dos autores vai entender que a nascente deste princípio está do processo legal. Porém, nem todos os autores assim o colocam, há doutrinadores que vão enxergar o princípio da razoabilidade implícito na idéia de isonomia, de adequação do *discrimen*, de necessidade de proporcionalidade, outros que a razoabilidade encontra nascente na moralidade, enquanto conduta ética razoável e alguns como Celso Antonio Bandeira de Mello vão entender que a razoabilidade está implícito no princípio da legalidade, porque quando a Constituição Federal impõe a legalidade na administração, ela o faz objetivando que a mesma venha a se conduzir apenas quando haja lei e com respeito à lei, observar o conteúdo legal, logo, se o legislador estabelece uma forma, uma liberdade de condução, o quer para que o vínculo seja sentido da melhor maneira possível.

Se o que o administrador extrapola o comando legal, está a afrontando o que o legislador queria, está atuando com o excesso.

Logo Celso Antonio afirma que a conduta desarrazoada, desproporcional é um excesso para a administração e então é uma ilegalidade, a razoabilidade está implícita na idéia de legalidade.

Conduta razoável: adequada, necessária e proporcional aos fins públicos almejados e permitidos pelo legislador.

Quando nos deparamos com este princípio no âmbito do direito administrativo, o estamos analisando para efeitos da conduta da administração e então somos levados a checar a competência da administração. Analisamos se a atuação da administração está se fazendo dentro de uma atuação **discricionária** (quando tem oportunidade de valorar, estabelecer o critério da conveniência e oportunidade. Devemos ter cautela) ou vinculada.

Se for conduta dentro do poder discricionário a valorização, o juízo de valor é dado a administração. Se estivermos diante de atuação vinculada, a administração não tem conferida a si a possibilidade de fazer a valoração da escolha. A escolha já foi realizada de forma prévia pelo legislador. A administração está cumprindo a lei, o legislador quando estabelece que ocorrendo uma dada hipótese fática, o administrador deverá agir de uma dada maneira e o administrador cumpre a lei, a quebra da razoabilidade está na lei.

Exemplo: se o legislador estabelece que ocorrendo a hipótese y, a administração deverá tomar a conduta z, ele está cumprindo o comando legal, então a violação está na lei e não no ato. A lei será vulneradora da razoabilidade, será inconstitucional.

Possibilidade de a razoabilidade importar no exame do mérito do ato administrativo.

Estaria o administrador tendo, caso a questão fosse levada ao judiciário, uma intromissão deste poder? Ou o judiciário não estaria invadindo o mérito do ato administrativo?

Alguns doutrinadores acham que o princípio da razoabilidade veio permitir ao judiciário invadir o mérito do ato. Checar se a valoração realizada pela administração está adequada e por isso a entrar no mérito - **não aceita pelo supremo e nem pela maioria da doutrina administrativa.**

Celso Antonio Bandeira de Mello: o judiciário não estará o invadindo mérito do ato, não estará cindindo o mérito do ato, porque o judiciário estará vendo que ao agir desproporcionalmente o que o administrador fez foi romper com a ideologia da lei foi quebrar o permissivo legal.

O legislador quando autoriza a valoração da conveniência ou oportunidade para a administração, não está permitindo condutas arbitrárias, o legislador está permitindo uma valoração, na medida em que se coloca incapaz de saber qual seria a melhor conduta, assim ele confere a administração à possibilidade de prever em cada caso o que é melhor. Fazer um juízo discricionário. Se o administrador faz-se valer dessa perspectiva para ter uma conduta desproporcional ele está afrontando a lei, está indo a além do que a lei permite, afrontando a legalidade.

Ex: a desapropriação é um ato interventivo que surge de um juízo discricionário da administração. Se esta se utiliza desta forma interventiva de maneira desproporcional, ex: pretende construir uma escola em uma área e aí desapropria um espaço enorme, que nunca irá se utilizar estará quebrando um autorizativo legal.

Se o legislador confere ao administrador por ato normativo, estabelecer alguns critérios para o regimento de cargos públicos dentro de uma margem, não pode o administrador extrapolar esse permissivo. Não significa aí a oportunidade de se entrar no mérito administrativo.

Este entendimento prevalece. O desembargador Gesse Torres: que atualmente se coloca na banca de direito administrativo, Sérgio Cavaliere deixa claro que o judiciário não pode invadir o mérito, se substituindo a administração. O que ele pode constatar é a vulneração do princípio como uma conduta ilegítima, com a violação de normas, ilegalidade. Assim, o STF e STJ.

A proporcionalidade vai se colocar não apenas para análise dos atos administrativos, mas também vai se fazer com critérios para estabelecermos na hipótese de um conflito aparente de princípios, qual deverá ser aplicado, ou que medida devemos aplicar em um, ou outro.

Deveremos mesclar como uma forma de ponderação de valores.

Assim, quanto menos um conflito aparente de princípio nós vamos nos valer da proporcionalidade. Da mesma forma que isso pode acontecer em relação às normas, quando dentro de um conflito aparente de leis, nós nos valeremos de outro critério, da **subsunção**. A hierarquia no critério da subsunção, o tempo, qual a regra geral e a específica.

No critério da proporcionalidade entre os princípios nós vamos chegar na hipótese de qual mais adequado, vamos nos valer dos 3 elementos que caracterizam a proporcionalidade:

**Adequação dos princípios, necessidade de aplicação dos princípios e ponderação de valores para trazer a proporcionalidade dos mesmos.**

Em 1989, no concurso para defensoria pública: não envolvia princípio de direito administrativo próprio, princípio fundamental. Uma associação de moradores de Niterói descontente com o aumento do pedágio resolve fazer um movimento público para deliberar uma reunião pacífica na praça do pedágio, tomando toda a praça, na 6ª feira, à tarde, véspera de feriado.

Para tanto comunica de forma prévia a administração. Art. 5º, XV da CF. a administração ao receber este comunicado fica perplexa, porque está diante de 2 valores, princípios fundamentais: a liberdade de reunião e o direito de livre locomoção. Art. 5º, XVI da CF.

Devemos fazer um juízo de valor. A banca do concurso aceitou 2 respostas.

1ª conjugação do direito de reunião com a liberdade de locomoção. Assim, a administração poderia limitar a área de manifestação na praça do pedágio. De forma a permitir a manifestação, sem inviabilizar a locomoção dos que quisessem passar pela ponte. Se não seria uma restrição da liberdade do direito de ir e vir sem aniquilamento de nenhum dos 2 direitos.

2ª a administração poderia impedir a manifestação naquele horário porque a mesma poderia se fazer em outro dia e aquela manifestação representaria o aniquilamento a liberdade de ir e vir, logo, poderia se dar em outro horário, de forma parcial.

A banca não aceitou a resposta onde havia o aniquilamento a liberdade de ir e vir. Entendeu que há uma ponderação de valores, dentre de uma proporção, se colocaria adequado se valorar mais a liberdade de ir e vir, porque não representaria o aniquilamento da manifestação, mas o contrário sim, representaria o aniquilamento da liberdade de locomoção.

**Princípio da autotutela:** coloca-se implícito na idéia de legalidade, na medida em que a administração deve atuar em conformidade com a lei, se constatando a sua atuação, não está coadunada ao comando legal, deve reconhecer o vício e declarar a nulidade de seu ato. Princípio que confere a administração o poder-dever de desfazer, invalidando os seus atos viciados. A autotutela pode ser reconhecida na súmula 473 do STF, bem como no art. 53, da lei nº 9784/99.

A administração deve declarar a nulidade dos seus atos viciados.

O princípio da autotutela faz referência a **reforma em prejuízo** do recorrente. Pode a administração no âmbito do recurso administrativo estabelecer uma reforma em prejuízo? Pode. O recurso é uma mera forma de provocação da administração, para reaver um ato, checando se o mesmo está em conformação com o ato normativo. A administração pode e deve fazer de ofício esta checagem.

Esta perspectiva está presente em uma prerrogativa constante do poder hierárquico, que é o poder de fiscalizar e rever as decisões inadequadas.

Princípio da especificidade ou especialidade: alguns doutrinadores falaram sobre este princípio, diante da regra que autoriza a administração para prestar melhor as suas atividades, proceder a sua descentralização, criando pessoas jurídicas, mediante outorga, ou aproveitando pessoas jurídicas, já existentes, com maior conhecimento no assunto, transferindo as mesmas, a execução de suas atividades mediante delegação, art. 37, XIX, da CF – possibilidade da administração, mediante lei criar autarquias ou fundações, ou autorizando por lei criar sociedades de economia mista e empresas públicas, descentralizando atividades e transferindo as pessoas através de lei a titularidade da mesma para que possa melhor presta-las, especialização na matéria para aqueles que vão atuar.

Autarquia federal – INSS, está prestes a não mais existir, se a previdência não mais existir, no futuro. O estado no futuro só existirá para cobrar tributos, para criar receita.

São criadas para dada finalidade, para dada atividade, com objetivo único. Poderão prestar melhor a referida atividade. Poderão sofrer controle nos termos da lei.

Não são subordinadas a administração, existe uma **vinculação finalística**. Os diretores e o eventual presidente, não estão subordinados hierarquicamente ao chefe da execução da administração.

Neste plano, nos termos da lei que a criou, poderá ser controlada – **princípio da tutela** – concurso público magistratura federal.

Princípio da tutela ≠ princípio da autotutela: tutela própria, da própria administração.

Perspectiva que tam a administração de rever os seus atos, advém do princípio hierárquico. Implícito na legalidade.

Princípio da tutela – não é próprio, informa a possibilidade da administração direta checar a conformação das condutas tomadas pelas pessoas que se colocam no âmbito da administração indireta em relação à finalidade da lei, a conformação da atividade da pessoa jurídica que compõe a administração indireta com o seu objetivo social.

Resposta à aluna: esta lei estabelece a sua finalidade, a possibilidade ou não da administração direta checar se ela está atingindo a sua finalidade.

Em finais do século XX, início do século XXI começamos a constatar a falência do Estado prestar diretamente ou através de pessoas, uma gama de serviços que lhe são postos, para evitar o engrandecimento do Estado com gastos, com a inviabilização da própria estrutura do Estado por uma pressão política, ele começou a se despojar de certas atividades e transferir a execução e chamar para si a fiscalização, o controle que seria a tutela.

**Princípio da tutela:** também vai abranger a regulamentação e fiscalização das atividades prestadas mediante delegação.

## Lesões Corporais

Ao final da aula passada vimos a classificação das lesões corporais, que podem ser leves, graves ou gravíssimas, de acordo com os parágrafos do art. 129 do Código Penal.

A lesão corporal leve está no caput, a grave está definida no § 1º e a gravíssima no § 2º. Analisamos cada uma das hipóteses e as controvérsias que existem em relação a cada um dos parágrafos, mencionamos a questão do cabimento de resultado a título de dolo ou de culpa e a parte mais importante dos parágrafos 1º e 2º é saber quando o resultado é a título de dolo ou de culpa. Vimos que quando há o perigo de vida, que é o § 1º, II do art. 129 e quando há o aborto, § 2º, V, em relação a estes dois, os resultados apenas são imputados a título de culpa, não podendo ser imputados a título de dolo, portanto, estas hipóteses tratam de crimes preterdolosos somente. Quando há o perigo de vida dolosamente, existe o crime de homicídio e não de lesão corporal e com relação ao aborto do inciso V, vimos que se há dolo em relação ao aborto a pessoa responde pelo art. 125 do Código Penal. Deixamos a parte do § 1º e § 2º. Na aula passada, paramos na lesão corporal seguida de morte, que é o art. 129, § 3º do Código Penal.

Fechamos assim o resumo da aula anterior.

O § 3º do art. 129 do Código Penal define o que a doutrina chama de crime preterdoloso, propriamente falando. É o exemplo clássico do crime preterdoloso.

### *Lesão corporal seguida de morte*

**§ 3º - Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:**

**Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.**

Como crime preterdoloso, a lesão corporal seguida de morte se caracterizará pelo dolo no antecedente, em relação às lesões corporais e a culpa no conseqüente, em relação ao resultado morte. A pena é de reclusão de 4 a 12 anos. Neste particular é importante distinguir a lesão corporal seguida de morte do homicídio culposo. Este último está no art. 121, § 3º do Código Penal e a pena é detenção de 1 a 3 anos.

### *Homicídio culposo*

**§ 3º - Se o homicídio é culposo:**

**Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.**

A distinção básica que vai justificar a diferença entre as penas dos crimes é aquela em relação à finalidade no âmbito do crime como culposo, o finalismo no âmbito do crime culposo. No crime culposo, a finalidade do agente existe, mas é irrelevante do ponto de vista do Direito Penal. A principal crítica que se fazia ao finalismo, na época, era em relação ao crime culposo, porque quando ele surgiu dizia que toda a conduta humana era dirigida a um fim, a um objetivo. O questionamento que se colocava era em relação ao crime culposo, porque o sujeito neste caso não objetiva um fim ilícito, ele não objetiva uma

finalidade ilícita do ponto de vista do Direito Penal. O que acontece é que ele possui uma conduta, que por ser culposa tem sua finalidade irrelevante para o Direito Penal.

Ex.: hipótese de A que objetiva chegar a seu trabalho porque está atrasado e para alcançar esta finalidade ele pega o carro e desobedece as regras de trânsito, não observando o dever objetivo de cuidado, vindo a causar um atropelamento. Nesta hipótese, ele se utiliza de uma conduta que não observa o dever objetivo de cuidado e por isso há a penalização do crime culposos, porque embora a finalidade seja irrelevante do ponto de vista do Direito Penal, porque não é ilícita, o agente quando se dirige a esta finalidade se utiliza de um caminho torto.

No homicídio culposos o sujeito em nenhum momento tem uma finalidade ilícita do ponto de vista do Direito Penal, ela é irrelevante, mas ele não observa o dever de cuidado. Na lesão corporal seguida de morte, o agente inicialmente tem dolo em relação à lesão corporal, ele persegue uma finalidade ilícita inicialmente. Na verdade, ele pretende esta finalidade ilícita inicialmente e o resultado morte vem a título de culpa, mas no primeiro momento ele pretendia uma finalidade ilícita e por causa disso a pena é mais pesada do que no homicídio culposos, porque neste em nenhum momento o sujeito perseguiu a finalidade ilícita do ponto de vista do Direito Penal. A conduta é ilícita não pela finalidade, mas pelo caminho que ele se utiliza.

Essa diferença passa pela análise do finalismo dos crimes culposos, a conduta culposa tem uma finalidade irrelevante do ponto de vista do Direito Penal. O que vai valer para identificar o crime culposos é o caminho que o sujeito se utiliza para chegar a esse resultado.

Fazer remissão do art. 129 § 3º de diferente do art. 121, § 3º, seja pela pena ou pela finalidade ilícita do agente

A lesão corporal seguida de morte é um crime preterdoloso e portanto, de acordo com a doutrina majoritária, não cabe tentativa, porque ela é caracterizada por três elementos básicos:

- . início dos atos executórios
- . não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente
- . dolo no tipo total.

Em relação ao resultado morte, no crime de lesão corporal seguida de morte, há a penalização a título de culpa e não cabe falar em tentativa em crime preterdoloso da hipótese do art. 129, § 3º do Código Penal, justamente porque o resultado morte é apenado a título de culpa e um dos elementos da tentativa é o dolo no tipo total.

Vamos falar no art. 129, § 4º do Código Penal, que trata de causa de diminuição de pena da parte especial, que é a mesma circunstância do crime de homicídio privilegiado, introduzida no capítulo da lesão corporal.

### ***Diminuição de pena***

***§ 4º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.***

Esta é a circunstância do 121, § 1º do Código Penal e vamos fazer remissão ao art. 65, III, c do Código Penal que trata da circunstância atenuante do sujeito que comete crime sob a influência de violenta emoção após injusta provocação da vítima. Aqui, é diferente do 129, § 4º porque ele se utiliza da expressão “logo em seguida”, enquanto o 65, II, c utiliza a expressão “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”.

Se a lesão corporal é praticada logo em seguida, imediatamente à provocação injusta da vítima, a hipótese é da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 129, § 4º. Mas, se embora tenha ocorrido uma provocação da vítima, a lesão corporal seja praticada muito tempo depois, e não imediatamente, a hipótese é de circunstância atenuante e não do 129, § 4º.

Isto tem importância muito grande porque o 129, § 4º incide na terceira fase da aplicação da pena no âmbito do sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, enquanto o art. 65, III, c incide na segunda fase de aplicação da pena o âmbito do mesmo sistema. Além disso o art. 129, § 4º tem o quantum de diminuição definido na lei (redução de 1/6 a 1/3) e o 65, III, c não define o quantum de diminuição.

Devemos fazer remissão ao que falamos sobre o homicídio privilegiado.

Vejam que o 129, § 4º é uma circunstância de caráter pessoal, portanto, incomunicável. A circunstância de caráter pessoal, nos termos do art. 30 do Código Penal ela é comunicável. Quando se diz que o agente comete crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, todas estas expressões denotam condições psicológicas de caráter pessoal. Em vista do caráter subjetivo das circunstâncias do art. 129, § 4º, aplica-se a ele a regra do art. 30 do Código Penal:

#### ***Circunstâncias incomunicáveis***

***Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.***

Esta é a regra da incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal. Apenas lembrando que é preciso distinguir o que já se estudou quando vimos o art. 30, que é a diferença entre elementares e circunstâncias porque as elementares de caráter pessoal se comunicam. Na verdade, o art. 30, na primeira parte está se referindo à incomunicabilidade das circunstâncias. As elementares e as circunstâncias são fatos, mas as elementares são fatos que identificam o crime enquanto tal. Se ela é extraída do crime, ele deixa de ser aquele crime. Estudamos o art. 302:

A condição de funcionário público é de caráter pessoal, mas é elementar porque se ela é retirada, poderemos ter outro crime, mas não será o de peculato, será apropriação

indébita. Neste crime há uma condição de caráter pessoal que se comunica porque é uma elementar, mas no art. 129, § 4º não.

Neste, há uma circunstância, que é um fato que se presta a minorar ou agravar a resposta penal, a sanção penal. São as causas de diminuição de pena, as causas de aumento de pena, as agravantes, as atenuantes, as circunstâncias judiciais. Elas não identificam o crime enquanto tal. Vejam que se for a circunstância do art. 129, § 4º, continua a existir um crime de lesão corporal, só que não será de relevante valor social, etc.

Aqui há a incomunicabilidade da circunstância do art. 129, § 4º. Para o partícipe também não haverá comunicabilidade. A ciência ou não da condição do fato que está acontecendo se refere ao partícipe quando há comunicabilidade das circunstâncias. Ou seja, as de caráter pessoal não se comunicam, a contrariu sensu, as de caráter objetivo se comunicam, mas só se comunicam quando houver ciência do partícipe desta circunstância.

Ex.:partícipe em crime de homicídio em que haja o emprego de veneno. Se ele não tem ciência haverá exclusão do dolo em qualquer hipótese, mesmo na de elementar porque para haver comunicabilidade tem que haver como requisito o dolo, a ciência do que está se comunicando. Muitas vezes quando se estuda o art. 30 aprende-se a regra sem que haja lembrança da questão do dolo. O dolo sempre é pressuposto para a comunicabilidade de elementar ou circunstância. Talvez seja interessante lembra o quadro feito no art. 30 do Código Penal. Ele pode ser dividido em três regras básicas:

1. as circunstâncias subjetivas, de caráter pessoal não se comunicam (art. 30, primeira parte).
2. as circunstâncias objetivas se comunicam desde que tenham entrado na esfera de conhecimento dos concorrentes na prática criminosa (partícipe ou até co-autor, dependendo da hipótese).
3. as elementares sejam elas de caráter pessoal ou de caráter objetivo se comunicam desde que tenham entrado na esfera de conhecimento dos concorrentes na prática da conduta delituosa.

O § 5º do art. 129 trata da hipótese de multa substitutiva da parte especial do Código Penal:

Vejam que o § 4º se aplica às lesões corporais graves e gravíssimas. Nas lesões corporais leves o juiz terá duas opções: ou ele substitui a pena de detenção pela de multa, nos termos do § 5º, I. tudo vai depender da adequação da resposta penal ao crime praticado. O **pode**, no âmbito dos §§ 4º e 5º deste artigo deve ser interpretado como **deve**. Se ficar caracterizado que as circunstâncias dos autos indicam a substituição pela pena de multa o juiz deve fazê-lo. Se as circunstâncias forem todas favoráveis para o réu, ele deve fazê-lo. Tudo vai depender das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Vejam que tanto a redução do § 4º quanto a substituição do § 5º são obrigatórias. O § 4º vai se aplicar aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129. Essa diminuição de pena do § 4º do art. 129 se aplica à lesão corporal grave, seguida de morte ou gravíssima. Na lesão corporal leve há

ainda a possibilidade de se substituir a pena de detenção pela pena de multa. Deve ser feita a remissão do art. 60, § 2º do Código Penal que trata da multa substitutiva da parte geral para este art. 129, § 5º, I do Código Penal que é uma hipótese de multa substitutiva que está na Parte Especial.

O § 5º prevê a substituição por multa tanto na hipótese da lesão corporal privilegiada quanto na hipótese de lesões recíprocas, mas sempre havendo lesão corporal leve, como está expresso no caput do § 5º.

O § 6º trata da lesão corporal culposa.

Aqui iremos estudar o art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97).

Este artigo tem uma pena de detenção de 6 meses a dois anos. Trata-se de uma hipótese de lesão corporal culposa especial, que prevalece em relação à norma do art. 129, § 6º do Código Penal pelo princípio da especialidade. O elemento especializador é a direção de veículo automotor. Deve ser observada esta pena com a do art. 129, caput do Código Penal, que é o tipo doloso de lesão corporal. A pena é de detenção de 3 meses a um ano

Esta comparação denota que há uma afronta ao princípio da proporcionalidade da pena, que é o princípio segundo o qual crimes de maior gravidade devem ser apenados com penas superiores àquelas impostas aos crimes de menor gravidade. Obviamente que a culpa tem que ser apenada de forma menos gravosa que o dolo, de forma que cabe ao juiz fazer uma adequação em obediência ao princípio da proporcionalidade.

Obs.: a pena do Código de Trânsito Brasileiro, art. 303 da Lei 9503 é inaplicável, por ferir o princípio da proporcionalidade. Assim, a pena do Código de Trânsito Brasileiro fica limitada ao máximo da pena da lesão dolosa do Código Penal.

Vejam que aqui o juiz tão somente faz uma adequação. Quando o sujeito responde por uma lesão corporal do art. 303 não pode ter uma pena maior do que um ano porque senão haveria violação ao princípio da proporcionalidade. Deve ser feita uma remissão para o Capítulo que fala do Tribunal de Contas que se utiliza da expressão proporcionalidade, para lembrança de que havia uma questão desta natureza no artigo (art. 70 e ss. da Constituição da República).

O § 7º do art. 129 trata de uma hipótese de aumento de pena, que é a mesma hipótese do § 4º

O art. 121, § 4º tem duas partes. Quando há homicídio culposo há aumento de pena quando da inobservância de regra técnica da profissão. Em relação à lesão corporal culposa, transporta-se para o § 7º, e a inobservância de regra técnica não se confunde com a imperícia. Quando o art. 121, § 4º dispõe sobre a inobservância de regra técnica, fala da pessoa que tem dela conhecimento, mas por desleixo deixa de utilizá-la no caso concreto. A segunda parte do 121, § 4º trata de uma causa de pena do homicídio doloso que é a hipótese do homicídio ser praticado contra vítima menor de quatorze anos. O mesmo vai se aplicar à

lesão corporal dolosa, se a vítima for menor de quatorze anos incide a causa de aumento de pena do art. 129, § 7º do Código Penal. Façam menção ao que já vimos quando falamos do art. 121, § 4º.

O art. 129, § 8º se refere ao perdão judicial. Aplica-se também a mesma idéia do perdão judicial ao 121, § 5º. A idéia do perdão judicial em crimes de homicídio, onde o juiz deixa de aplicar a pena se as conseqüências da infração atingir o agente de forma tão grave que a sanção penal torne-se desnecessária.

Esta idéia também é aplicada na lesão corporal. Façam remissão às observações que fizemos naquela época, principalmente as observações referentes à Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça que trata da natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial.

Ex.: o agente ficou paraplégico.

Vamos iniciar o capítulo dos crimes de perigo, no Capítulo III.

A tutela no âmbito deste Capítulo é a tutela penal que visa a evitar a exposição dos bens jurídicos tutelados a perigo. A regra neste capítulo é que se trabalhe com dolo de perigo e não dolo de dano. O dolo de perigo é aquele que se dirige tão somente à exposição a perigo. O sujeito não pretende no âmbito destas condutas obter efetivo dano. O dolo da conduta vai tão somente até a exposição do bem jurídico tutelado a perigo. Importante esta menção porque aqui no art. 130 não estamos trabalhando com dolo de dano, que foi estudado até agora, do art. 121 ao 129 do Código Penal.

Nos crimes que estudamos o sujeito pretendia danificar, lesionando o bem tutelado, seja matando, praticando aborto, etc. Aqui a vontade do agente é somente a de expor a perigo, não é o dolo de dano.

O art. 130 do Código Penal dispõe:

Aqui, no caput, o sujeito não tem a intenção de transmitir a moléstia, só quer se satisfazer sexualmente. O dolo do agente é tão somente satisfação sexual, sem a intenção de transmitir a doença. O objetivo é de qualquer maneira praticar a relação sexual, mesmo sabendo estar contaminado. O dolo é de perigo. O bem jurídico tutelado é a saúde da outra pessoa.

A questão aqui é saber se se trata de crime de perigo abstrato ou concreto. Alguns autores, como Damásio, entendem que a hipótese é de crime de perigo abstrato; bastando aí a prática da relação sexual ou ato libidinoso para que haja a consumação do crime. Bastou haver a relação sexual ou o ato libidinoso para que haja a consumação do crime. Presume-se o perigo destes fatos: contaminação e relação sexual ou ato libidinoso. Há uma presunção de que o perigo está criado em função destes dois fatos.

Entretanto, existe uma parte da doutrina que cada vez mais cresce que se trata de crime de perigo concreto, ou seja, deve haver a comprovação efetiva do perigo.

Ex.: existem formas diferentes de se praticar atos libidinosos e dependendo da forma com que se pratique o ato libidinoso existe maior ou menor risco de se contrair uma doença. É preciso, no caso concreto, que haja a comprovação de que aquele ato libidinoso configurou uma hipótese de perigo de contágio.

Cada vez mais vige o princípio da lesividade, que é um princípio do Direito Penal, segundo o qual os tipos penais incriminadores têm por trás, pelo menos, uma exposição efetiva do bem jurídico tutelado ao perigo. Cada vez mais vêm se exigindo a comprovação efetiva do perigo, no caso concreto por este princípio. É de se entender que os crimes de perigo são crimes de perigo concreto, a não ser, logicamente, que haja previsão expressa no tipo penal de que se trata de uma hipótese de crime de perigo abstrato. A tendência da jurisprudência e da doutrina é sempre entender os crimes de perigo como de perigo concreto em função do princípio da lesividade. Ver a questão atinente ao crime de dirigir sem habilitação.

Princípio da lesividade analisa o conteúdo do tipo penal e deve haver nele uma exposição a perigo do bem jurídico tutelado.

Ex.: omissão de socorro de quem já está morto. A lei penal não pode criar tipos penais em que não exista o perigo ao bem jurídico. Deve haver o motivo para que o tipo penal exista. Se não há a lesão há a inconstitucionalidade deste tipo penal.

A razoabilidade e a lesividade são perspectivas diferentes, a primeira está mais ligada à proporcionalidade, embora no caso da omissão de socorro caibam as duas perspectivas.

A tentativa no caso do art. 130 é admissível. Pode se imaginar que há fracionamento de atos libidinosos. Cabendo fracionamento pode-se falar em tese em tentativa.

O § 1º é uma hipótese em que há dolo de dano, em relação à transmissão da doença. É uma figura anômala no Capítulo dos crimes de perigo. Façam um asterisco, chamando atenção para o parágrafo porque há a intenção de transmitir a moléstia. É uma hipótese de dolo de dano no capítulo dos crimes de perigo. Trata-se de um crime formal, como dolo de dano porque basta que ele pratique as relações sexuais ou o ato libidinoso com a intenção de transmitir a moléstia. Se há a intenção ele já responde pelo crime consumado. Não é preciso que realmente haja a transmissão da doença para que ele responda pelo § 1º, exigindo somente que o sujeito pratique a conduta do art. 130, caput com a intenção de transmitir a moléstia. Se há a intenção ele responde pelo crime consumado. Não é preciso que realmente haja a transmissão da doença para que o sujeito responda pelo crime do art. 130, § 1º; ele é um crime formal.

Temos, então, as seguintes hipóteses:

1ª hipótese ⇔ 130, § 1º é crime de dano, formal. Não havendo a transmissão da moléstia o sujeito responde pelo 130, § 1º consumado.

2ª hipótese: havendo a transmissão:

2.a transmissão causa uma lesão corporal leve ⇔ a lesão corporal leve tem pena de detenção de três meses a um ano, enquanto o art. 130 tem uma pena de reclusão de um a quatro anos. A lesão corporal leve é absorvida pelo crime do art. 130, § 1º e o sujeito responde pelo 130, § 1º consumado, porque a lesão corporal leve, pelo princípio da consunção é um mero exaurimento do crime do art. 130, § 1º, basta olhar as penas dos artigos. A lesão corporal leve será absorvida.

2.b se sobrevém uma lesão corporal grave ⇔ se A fica encostado por mais de trinta dias, ou fica em risco de vida, etc. nesta hipótese o agente responde pelo 129, § 1º do Código Penal:

O dolo de dano fica incorporado.

3ª hipótese ⇔ ocorre lesão corporal gravíssima. Vamos supor que a doença transmitida seja incurável, que é a hipótese do art. 129, § 2º, II do Código Penal:

o agente responde pela lesão corporal gravíssima. Se sobrevém a morte ele responde pela lesão corporal seguida de morte, art. 129, § 3º do Código Penal:

O objetivo era transmitir a doença; se há um resultado mais grave, ele responde apenas pelo bis in idem. Uma das coisas mais difíceis do Direito Penal é saber quando há consunção.

Se a intenção do agente é matar o outro, responderá pelo homicídio consumado ou tentado. A transmissão da doença será meio executório do homicídio.

Se há transmissão de doença pelo 130, caput e surge uma lesão corporal culposa, ele responde pelo 130 mesmo.

Aqui há dolo de perigo. O que ocorre no 130 caput é o “sabe ou deve saber”.

Vamos falar um pouco sobre o consentimento do ofendido. Vamos imaginar que o ofendido, a pessoa com quem ele vai manter as relações sexuais, ela tem consciência de que o outro está contaminado e mesmo assim consente em ter relações com ele. Qual será a consequência jurídico-penal desta conduta, deste consentimento? Ele se presta a excluir a ilicitude da conduta? Não. O consentimento do ofendido não se presta a isto porque existe um interesse social maior na não propagação da doença. O consentimento do ofendido é irrelevante do ponto de vista do Direito Penal em vista da existência de um interesse público maior, que é o da não propagação da doença. O que acontece? Havendo consentimento do ofendido não há repercussão do ponto de vista da responsabilidade penal, mas se o ofendido já estiver contaminado com aquela mesma doença venérea, temos a hipótese de crime impossível, art. 37 do Código Penal, porque há a impropriedade absoluta do objeto.

Caso contado pela professora;

Embora duas pessoas estejam contaminadas pelo vírus da AIDS os médicos recomendam a utilização de preservativos nas relações porque pode haver uma taxa de vírus controlada em um dos sujeitos e uma muito maior em outro. Pode haver desequilíbrio destas taxas. Pode-se imaginar que se há diferença nas taxas há crime. Sob o ponto de vista da taxatividade do Direito Penal a tipificação da conduta é contágio e não aumento de carga viral. Mesmo nesta hipótese o crime continuaria a ser impossível.

Em relação à AIDS há posicionamento majoritário que em razão da letalidade da doença, há a perspectiva de homicídio, pelo menos com dolo eventual, seja ele tentado ou consumado. Há também jurisprudência antigas sobre pessoas que trabalham com prostituição que não têm lugar nos dias de hoje.

Elemento subjetivo do tipo do art. 130, caput ⇔ o elemento subjetivo do “sabe ou deveria saber” sofre uma série de controvérsias. O que querem dizer estas palavras?

1º posicionamento é no sentido de que há dolo de perigo direto em relação à expressão “sabe” e eventual em relação à expressão “deveria saber”.

2º posicionamento seguido pelo Damásio que entende que o “sabe” e “deve saber” são elementos subjetivos do tipo diferentes do dolo. O “sabe” indica pleno conhecimento da situação fática. O “deve saber” indica dúvida, incerteza ou conhecimento parcial dos fatos.

Vejam que este segundo posicionamento é muito particularizado, individualizado para interpretar elementos subjetivos do tipo especiais. Quando estudamos o tipo doloso estudamos os elementos subjetivos do tipo doloso que são:

- . Geral ⇔ dolo
- . Especiais ⇔ especiais fins de agir.

Atendendo a esta perspectiva haveria ainda mais elementos dos tipos especiais. Devem ser considerados na perspectiva do conhecimento total e parcial dos fatos.

O terceiro posicionamento interpreta o “deve saber” como hipótese de culpa. Este posicionamento merece ser rejeitado porque a culpa não pode ser implícita, ela tem que ser explícita e mencionada de forma clara no tipo penal porque ela é sempre excepcional. Vejam que o art. 130, caput não trata de culpa, trata de dolo e o melhor posicionamento é o primeiro que diz que há dolo de perigo direto no “sabe” e dolo de perigo eventual no “deve saber”. É preciso mencionar todos os pontos de vista em prova em função da controvérsia que existe neste tipo penal.

Momento consumativo do tipo penal do art. 130 ⇔ momento em que ocorrem as relações sexuais ou atos libidinosos mencionados no tipo, porque o crime é formal, ou de consumação antecipada.

Cabe concurso formal entre o crime do art. 130 e os crimes dos art. 213 e ss do Código Penal, ou seja, cabe concurso entre o crime do 130 e o de estupro, ou atentado violento ao pudor. Havendo aí o concurso formal de crimes, sujeito além de praticar o estupro realiza a exposição a perigo em relação a uma doença de que ele seja portador.

Art. 130, § 2º trata da ação penal relativa a este crime:

A ação penal pública no âmbito do art. 130 é condicionada à representação em vista de uma coisa chamada pela doutrina de *strepitus* ....., ou seja, o constrangimento sofrido pela vítima quando há um crime de envolvimento sexual pela exposição da vida íntima desta pessoa tendo em vista a instauração do processo penal. Só haverá instauração do processo penal havendo a manifestação da vítima em relação à instauração do processo.

Passando o crime do art. 131 temos o perigo de contágio de moléstia grave:

Aqui também temos uma figura anômala no capítulo dos crimes de perigo porque trata-se de uma hipótese de crime de dano no capítulo dos crimes de perigo. A hipótese é de crime formal (pela expressão: *com o fim de transmitir a outrem moléstia grave*). A única diferença entre o 130, § 1º e o 131 do Código Penal é em relação à doença que está sendo transmitida. Enquanto no 131 temos uma doença que não seja venérea, no art. 130, § 1º temos a transmissão da doença venérea. A forma de contacto também muda. No art. 130 ela é vinculada e no art. 131 há uma forma livre de contágio. Pode-se imaginar no âmbito dos meios executórios os diretos e indiretos.

Diretos seriam as forma de contágio que pressupõe um contacto pessoa: beijo, aperto de mão.

Indiretos: condutas de contágio feitas através de utensílios: toalha que se presta a realizar o contágio, um copo utilizado por quem está contaminado.

Obs.: elemento subjetivo do tipo do art. 131 ⇨ dolo direto. É expresso com o fim de transmitir a outrem a moléstia. Não responde quem atua com dolo eventual, ou seja aquele que agem somente produzindo o risco do contágio, porque no art. 131 e 130, § 1º a intenção do agente é transmitir a moléstia. Para que não haja confusão de dolo de perigo e dolo de dano. Se houvesse a possibilidade da utilização do dolo eventual isto se confundiria com a hipótese em que a pessoa sabe que está contaminada e mesmo assim resolve praticar a conduta, que é o dolo de perigo direto.

Podemos fazer as mesmas observações acerca da transmissão da moléstia: se há a transmissão haverá a mesma perspectiva:

Lesão corporal leve ⇨ absorvida pelo art. 131 do Código Penal.

Lesão corporal grave ⇨ responde pelo 129, § 1º do Código Penal.

Lesão corporal gravíssima ⇨ responde pelo 129, § 21C do Código Penal.

Morte ⇨ responde pela lesão corporal seguida de morte que está disposta no art. 129, § 3º do Código Penal.

Se há a intenção de matar ⇨ ele responderá pelo homicídio consumado ou tentado.

Em tese cabe tentativa porque depende do meio executório utilizado. Se ele permitir fracionamento destes atos, como na pessoa que coloca o copo para que a outra pessoa seja contaminada.

Havendo a transmissão da doença a título de culpa o sujeito não responde pelo crime do art. 131, dependendo do resultado que acontece. Se houver lesão corporal ele responderá por lesão corporal culposa. Se houver homicídio, ele responde por homicídio culposo.

Ex.: A é promíscuo e transmite a doença e a vítima vem a ter lesão corporal ou morrer, dependendo do resultado, pode responder por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, mas não pelo crime do art. 131, porque ele só é aplicado a título de dolo.

Art. 132 é crime de perigo que é subsidiário em relação a vários outros crimes:

A expressão sublinhada é expressão típica de subsidiariedade expressa.

Princípio da subsidiariedade ⇔ aplicado no concurso aparente de normas que preconiza que havendo mais de um tipo penal q trate de forma gradativa de graus diferentes de lesões ao bem jurídico tutelado, o tipo penal mais grave prevalecerá em relação ao menos grave.

Há algumas normas penais em que, na verdade, há gradação entre elas. Elas dão proteção ao mesmo bem jurídico de formas diferentes.

Ex.: art. 132 dispõe sobre exposição a perigo de vida ou saúde de outrem. O crime de homicídio também protege a vida. O art. 132 dá tutela à vida de menor gradação, enquanto o 121 dá uma tutela de maior gradação. O tipo subsidiário deixa de incidir se a hipótese for de incidência do tipo principal, porque engloba a proteção do tipo anterior. A conduta de homicídio expõe a vida, então se a hipótese é de homicídio, o 132 não se aplica porque ele é subsidiário ao crime do art. 121.

Este princípio se aplica quando houver mais de um tipo penal protegendo o mesmo bem jurídico em graus diferentes de lesão. O tipo subsidiário deixa de ser aplicado e aplica-se o tipo principal.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. Ela será expressa nas hipóteses em que o Código Penal deixa isto claro, como na expressão sublinhada.

O crime do art. 132 é crime de perigo genérico e nele há dolo de perigo. O dolo é de expor a perigo, não é dolo de dano. É interessante distinguir o crime do art. 132 dos crimes dos art. 250 e ss do Código Penal. Estes artigos tratam do que se chama de crimes de perigo comum. Como se distinguem em uma hipótese concreta?

No art. 132 há um requisito de vítima certa e determinada, enquanto os crimes dos art. 250 e ss atuam na perspectiva de um número indeterminado de pessoas atingidas pelo perigo. Fazer um remissão de diferente para o 250.

Perigo direto do art. 132 é o que ocorre em relação à pessoa determinada, que é o que estabelece a diferença entre este artigo e os da seqüência do art. 250.

O perigo iminente é o presente, imediato e concreto, ele deve ser comprovado nos autos.

Condutas que configuram o crime de perigo:

1. Negativa dos parentes de autorizarem transfusão de sangue por motivos religiosos. A pessoa corre risco de vida. Obviamente responde pelo crime do art. 132 do Código Penal.

Obs.: a professora mandou ler Código Penal comentado porque as questões de concurso são tiradas de lá.

2. mencionada no § único do 132, que prevê causa de aumento de pena ⇔ transporte de bóias-frias na carroceria de caminhão.

Qual é o dolo do art. 132? Dolo de perigo direto e eventual. Não há a forma culposa.

Havendo consentimento do ofendido persiste o crime do art. 132? Não há exclusão do crime pelo consentimento do ofendido, pois a objetividade jurídica é indisponível.

Havendo uma lesão corporal leve, a pessoa não responde por ela, responde pelo art. 132 porque as penas da lesão corporal leve e do art. 132 são idênticas, então a pessoa responde pelas penas do art. 132 do Código Penal.

Se há lesão corporal grave o art. 132 será subsidiário em relação à lesão corporal grave e gravíssima, mas em relação à lesão corporal leve esta observação é importante.

Pode haver lesão corporal dolosa? Sim porque há a possibilidade de assumir o risco. Porque em relação à conduta de expor a perigo existe o dolo direto. Em relação ao resultado danoso existe o dolo eventual.

Se houver morte a hipótese será de homicídio culposos.

A tentativa do art. 132 é admissível na forma comissiva, mas na forma omissiva não porque o crime seria unisubsistente. Pode-se expor a perigo alguém na forma de omissão, quando há uma obrigação a ser cumprida e o agente deixa de agir.

O importante no art. 132 é fazer remissão a dois artigos da legislação especial que são o art. 28 da lei de contravenções penais, art. 10, § 1º, III da Lei 9437/97, que são dispositivos que tratam do disparo de arma de fogo:

O art. 28 da Lei de Contravenções Penais foi revogado pelo art. 10, § 1º, III da lei 9437/97. É preciso distinguir o art. 10, §1º, III do art. 132 do Código Penal, ou seja, quando os disparos são efetuados em lugar público a hipótese é do art. 10 e quando os disparos tiverem uma vítima determinada ou em lugar privado, que não seja em via pública,

a hipótese será do art. 132 do Código Penal. Fazer remissão no art. 132 para a lei de armas em vista desta exigência.

## **PENAL**

### ***Rixa***

Vamos continuar a estudar o crime de rixa, porque chegamos a fazer algumas considerações, mas não tratamos da questão da rixa qualificada, do momento consumativo e nem da tentativa. Salvo engano vimos que a rixa é caracterizada pelo tumulto generalizado, por violências recíprocas, bem como vias de fato recíprocas. Na verdade, não se consegue visualizar de onde partem as agressões. Todos são ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo da rixa.

Vimos também que a rixa tem uma exigência de um nº mínimo de pessoas, que é de três, portanto, é um crime de concurso necessário, que exige a participação de três pessoas, pelo menos. Dentre estas três pessoas pode haver inimputáveis ou não identificadas, que são considerados para se obter o número mínimo de três.

Outra questão que vimos e será importante para tratar da tentativa é que há duas posições sobre a forma de surgimento da rixa:

1 ⇨ entende que ela tem a característica da subitaneidade como imprescindível. Para ela a rixa só pode ser ex improviso, tem que surgir de forma súbita, sob pena de não se configurar o crime de rixa (Delmanto, Paulo José da Costa Júnior).

2 ⇨ esta parte tem bastante repercussão porque tem muitos autores defendendo: tanto pode ser ex improviso quanto ex proposito. Pode ser súbita ou preordenada (Damásio, Hungria, Magalhães Noronha).

Vimos que é preciso distinguir a participação na rixa da participação do crime de rixa. Veja que o núcleo do tipo na rixa é justamente o verbo participar:

Quando se fala em participação na rixa estamos falando em participação direta na briga, quem intervém diretamente na briga, no corpo a corpo da confusão. O sujeito que integra a briga é autor do crime de rixa, porque está praticando a conduta núcleo do tipo, já a participação no crime de rixa configura o concurso acessório, ou seja, o sujeito que instiga, induz, promovendo o auxílio moral para a briga, concorre com participação material, fornecendo um pedaço de pau aos outros.

Estes respondem como partícipes no crime de rixa e para tipificar a conduta deles é necessário lançar mão do art. 29 do Código Penal:

Participação na rixa é uma coisa e no crime de rixa é outra.

Resultado típico do crime de rixa  $\Rightarrow$  perigo de dano. É crime de perigo presumido ou abstrato, ou seja, havendo a configuração da briga, o crime de rixa já se considera consumado. A briga em si já configura um perigo de dano, não precisa se comprovar que na hipótese houve perigo de dano. O fato de se iniciar a briga já configura o crime de rixa como crime de perigo abstrato. Não importa se ocorre ou não algum resultado mais danoso posterior. O momento consumativo da rixa ocorre com as vias de fato ou violências recíprocas. Não importa se não sai ninguém machucado da rixa, se não há resultado danoso posterior. Isto é importante porque dá a diferenciação da rixa qualificada, como veremos posteriormente.

Pergunta que se coloca  $\Rightarrow$  cabe tentativa no crime de rixa?

Cabimento da tentativa vai depender da visão que se tem acerca das formas de surgimento da rixa. Há duas correntes acerca do cabimento da tentativa:

1ª  $\Rightarrow$  para os que entendem que a subitaneidade é uma característica imprescindível da rixa não há possibilidade de tentativa.

2ª  $\Rightarrow$  para os que entendem que a rixa pode ser súbita ou preordenada, a tentativa é cabível apenas na segunda hipótese.

Ex.: Grupo de pessoas que combinam uma rixa por diversão em determinada hora e lugar. Se as pessoas são impedidas pela autoridade policial de prosseguir em seu objetivo, cabe falar em tentativa.

Ex.: Baile funk, onde as pessoas vão com este intuito.

Elemento subjetivo do tipo de rixa  $\Rightarrow$  dolo de perigo, a vontade de participar da briga, mesmo que o sujeito não queira o resultado danoso. Participa só pela diversão de brigar.

Art. 137, § único trata de rixa qualificada e aqui existe uma série de controvérsias importantes que passam pela análise da responsabilidade penal objetiva.

***Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

O que qualifica a rixa é a lesão de natureza grave ou a morte. Estes resultados podem atingir um dos contendores, quanto um transeunte quanto o próprio apaziguador. Se o apaziguador ou o transeunte sofrem algum resultado do § único a rixa é qualificada.

1ª questão ⇨ caso não se identifique o indivíduo que causou a lesão corporal grave ou a morte todos os contendores respondem pela rixa qualificada. Quando se identifica de onde partiu a agressão que causou a lesão corporal grave ou a morte, o identificado responde por lesão corporal grave ou homicídio e aí vai depender do elemento subjetivo, se a título de dolo ou culpa e pela rixa. Responde por ambos os crimes. A pergunta que se coloca é: responde pela rixa simples ou qualificada? A doutrina mais moderna vai defender que ele responde pela rixa simples, sob pena de haver um bis in idem (visão predominante). O resultado morte ou lesão corporal já está sendo imputado ao sujeito a título de um crime autônomo. Alguns autores defendem, ainda que o sujeito responde pela rixa qualificada por entenderem que a objetividade jurídica da rixa e dos crimes de lesão corporal e homicídio são objetividades diferentes. Sublinhar a palavra fato no § único. O posicionamento que predomina na doutrina moderna é o primeiro.

Resta a questão atinente aos outros contendores. Havendo a identificação de quem foi o sujeito que causou a morte ou lesão corporal grave os outros contendores respondem pela rixa qualificada ou simples? Há quem entenda que os outros contendores respondem pelo resultado qualificador a título de culpa, justamente por causa da palavra fato. Eles teria contribuído com sua conduta para que os resultados qualificadores aconteçam. Ocorre que a doutrina mais moderna entende que eles respondem pela rixa por dois motivos: a responsabilidade penal é individual, se é identificado o causador do resultado mais grave os outros não podem responder pelo resultado. Aqui os fundamentos utilizados por esta corrente são os artigos 19 do Código Penal e a exposição de motivos do Código Penal no nº 16.

Vale dizer, se consigo identificar o causador de resultado mais grave, a responsabilidade é individual. Os outros contendores não podem responder pelo resultado, sob pena de responsabilidade penal objetiva. A palavra fato afasta a idéia de responsabilização destes sujeitos; não é pelo fato, mas pela conduta culposa deles que responderão. Se a conduta culposa for de pessoa identificada eles não responderão pela rixa qualificada e sim pela simples.

### ***Crimes contra a honra***

Basicamente começaremos tratando da distinção entre dois conceitos: honra objetiva e subjetiva. Estes conceitos são básicos porque serão importantes na análise do momento consumativo do crime contra a honra. De acordo com a objetividade jurídica do crime, se é a honra subjetiva ou objetiva, poderá variar o momento da consumação.

Honra objetiva ⇨ é a reputação do indivíduo. É aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão em relação a seus atributos físicos, morais e intelectuais.

Honra subjetiva ⇨ sentimento que cada um possui de si mesmo acerca de seus atributos físicos, morais e intelectuais.

A calúnia e difamação atingem a honra objetiva, enquanto a injúria atinge a honra subjetiva.

### ***Distinções entre calúnia, difamação e injúria.***

Na calúnia ocorre a imputação de um fato definido como crime (em sentido estrito e não contravenção).

Na difamação a imputação é de um fato não criminoso, embora ofensivo à reputação do sujeito.

Outra distinção importante é que na calúnia existe um elemento normativo do tipo, que é a falsidade da imputação a qual não é exigida na difamação.

A injúria versa sobre a atribuição de qualidade negativa ao ofendido.

Art. 138 do Código Penal:

Vejam que a calúnia é imputar fato que é previsto na lei penal como crime, e aqui crime deve ser interpretado em sentido estrito, interpretação deve ser restritiva, levando em conta o princípio da reserva legal absoluta, da taxatividade da lei penal. Se a hipótese for imputação de contravenção não é calúnia.

Ex.: A diz a B: você sempre se apresenta em público embriagado (o que constitui uma contravenção). Não é calúnia, mas difamação.

A falsidade da imputação, na calúnia, é elemento normativo do tipo. O crime não existiu, ou existiu ou não tem como autor o sujeito que está sendo ofendido na calúnia. Se não ficar configurada a falsidade da imputação, ou seja, se a imputação for verdadeira, o sujeito não responde por calúnia. É diferente da difamação, porque mesmo o fato imputado pode ser verdadeiro. Independentemente de qualquer coisa o difamador responde pela difamação. O crime permanece mesmo que o fato seja verdadeiro.

Na injúria o que se verifica é a atribuição de uma qualidade negativa, não se atribui fato específico.

Ex.: se houver um fato atribuído a uma pessoa, juntamente com a qualidade negativa, a difamação vai absorver a injúria.

Vamos começar a analisar pela calúnia, definida no art. 138 do Código Penal.

A primeira questão que se trata é da calúnia da pessoa jurídica. Será que ela pode ser caluniada? A calúnia é imputação de fato criminoso. Para que a pessoa jurídica possa ser caluniada, em princípio deve-se analisar se ela pode ser sujeito ativo do crime, ou seja, se ela tiver responsabilidade penal.

Em regra, nos crimes comuns, a pessoa jurídica não pode ser caluniada, pois não é sujeito ativo de crime. Contudo, nos crimes ambientais, por força dos art. 3º e 21 a 24 da Lei 9.605/98, poderá ser caluniada no âmbito dos delitos ambientais:

Vimos quando estudamos a Lei 9.605 que há uma série de requisitos para que a pessoa jurídica possa responder por crimes ambientais e mencionamos o art. 3º que exige que o ato que é imputado à pessoa jurídica tenha se revertido em favor dela. Se os sócios praticam um ato que não dá nenhum lucro, nenhum proveito para a pessoa jurídica, ele não pode ser imputado como crime para a pessoa jurídica, mas para os sócios individualmente. Nosso sistema penal adotou um sistema intermediário entre o total descabimento da responsabilidade da pessoa jurídica de uma forma total e o cabimento integral dessa responsabilidade.

Os sistemas ligados ao Direito anglo-saxônico admitem a responsabilidade da penal da pessoa jurídica sem uma indagação mais profunda. Outros sistemas, por outro lado, proibem de forma absoluta a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nosso sistema não adota como regra geral a responsabilidade penal da pessoa jurídica, portanto, é necessário que haja um dispositivo legal específico mencionando esta responsabilidade penal, como acontece no art. 3º, não se tratando de um instituto geral do Código Penal, mas pontualmente e na lei ambiental ela é admitida.

A calúnia será admitida no âmbito da lei 9.605, porque a pessoa jurídica pode responder penalmente. Quanto aos crimes comuns, é óbvio que não existe calúnia porque ela não é passível de responder penalmente.

Outra observação importante, porque já caiu em prova é o definido no art. 138, § 2º:

***§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.***

Sujeito passivo não são os mortos, são os parentes do falecido, pode ser o cônjuge, ascendentes, descendentes, irmão do falecido, etc..

Outra característica indispensável no crime de calúnia é que a imputação se dirija a uma pessoa certa e determinada, ela não pode ser genérica e nem se referir a um grupo de pessoas em que não haja uma identificação.

Ex.: todos os padres católicos são pedófilos. Isso não configura calúnia porque é preciso que haja pessoa certa e determinada para configurar o crime do art. 138.

Outra questão importante é que o fato seja definido como crime.

Ex.: dizer que A costuma tomar o que é dos outros é uma forma eufemística de chamá-lo de ladrão, imputar-lhe uma qualidade negativa, vale dizer, é hipótese de injúria e não de calúnia.

Qualidade negativa é diferente de indicação de fato certo e determinado. Se fosse falado que eu sei que A, ontem furtou algo da casa de B, seria a imputação de fato certo e determinado. Eufemisticamente pode-se atribuir uma qualidade negativa, como expressão sinônima.

Meios de execução ⇔ existem dois meios: a forma oral e a forma escrita de se praticar a calúnia. Dependendo da forma de execução da calúnia o crime será unisubsistente ou plurisubsistente. Dependendo da forma caberá ou não a tentativa.

Isto é importante porque os crimes contra a honra são crimes formais, ou seja, basta que se configure a imputação falsa de fato criminoso, ofensivo à honra ou imputação de qualidade negativa, para que o crime esteja consumado, mesmo que o sujeito não se sinta pessoalmente ofendido. Não se exige para a consumação dos crimes que se comprove no caso concreto que a pessoa tenha se sentido ofendida.

Os crimes contra a honra são crimes formais e embora formais admitem tentativa, dependendo do meio de execução. O fato do crime ser formal não implica em que não cabe tentativa.

O que define se cabe tentativa é a unisubsistência ou plurisubsistência do crime.

Pela forma oral é unisubsistente o crime de calúnia, não admitindo tentativa. Na forma escrita é plurisubsistente, admitindo a tentativa, porque cabe o fracionamento dos atos executórios.

Outra questão é a da aplicação do princípio da especialidade. Fazer remissão no Código Penal, nos crimes contra a honra para os artigos 20 a 22 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), para os artigos 26 da lei 7170 (Lei de Segurança Nacional) e 324 a 326 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

Na verdade, pelo princípio da especialidade, se os crimes contra a honra forem praticados pela imprensa haverá a tipificação nos artigos 20 a 22 da Lei 5.250.

Outro artigo importante é o art. 23 da Lei 7.170 que trata dos crimes de calúnia e difamação do Presidente da República, do Senado, Câmara ou Supremo Tribunal Federal.

É preciso que haja motivação política, como requisito implícito no art. 26.

Outra hipótese da aplicação do princípio da especialidade é no Código Eleitoral, Lei 4.737, artigos 324 a 326, onde o fato é cometido quando da propaganda eleitoral ou visando fins de propaganda eleitoral. Vejam que se o fato é cometido visando propaganda ou na propaganda através da imprensa, prevalecerá o Código Eleitoral.

Na especialização primeiro seria o Código Eleitoral e depois a Lei de Imprensa.

Veremos que não cabe a exceção da verdade por força de algumas injunções políticas. Na seqüência falaremos sobre a exceção da verdade.

Outra questão importante versa sobre o consentimento do ofendido. Os crimes contra a honra, justamente porque que a objetividade jurídica é disponível, admitem a exclusão do crime através do consentimento do ofendido. Vejam que haverá aqui uma causa de exclusão da ilicitude da conduta. O consentimento exclui a conduta criminosa dos crimes contra a honra, justamente porque a objetividade jurídica é disponível por parte do ofendido. Outra questão importante será o art. 140, § 3º que mencionaremos adiante.

As condutas típicas do crime do 138 são o imputar, divulgar e o propalar. Qual seria a diferença entre eles?

Imputar ⇔ atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de um crime.

Propalar ⇔ relatar verbalmente.

Divulgar ⇔ narrar o fato por qualquer meio.

O § 1º do art. 138 trata da hipótese de dolo direto.

***§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.***

Só responde pelo § 1º aquele que atua com dolo direto. Não cabe a questão atinente ao dolo eventual. A hipótese é que o lemento subjetivo do tipo é o dolo direto.

Uma outra questão relevante na calúnia é o elemento normativo do tipo, consistente do “falsamente”. Ele exige que o fato criminoso seja falsamente imputado a alguém e aqui existe a questão da exceção da verdade. Há hipóteses em que não cabe.

Se o art. 138 exige como elemento normativo do tipo a falsidade da imputação, é porque se a imputação for verdadeira não haverá a prática do crime do art. 138. se o sujeito tiver praticado o crime que lhe está sendo imputado, o suposto caluniador não responde pelo art. 138 pois falta um elemento do tipo, que é a falsidade da imputação.

Esta questão da falsidade da imputação é tratada como defesa da pessoa que está respondendo pelo crime de calúnia. A pessoa pode se defender utilizando-se da exceção da verdade, que tem como natureza jurídica no âmbito processual a natureza de questão prejudicial. Ela nada mais é do que um meio de defesa utilizado pelo sujeito que responde pela calúnia para provar a veracidade da imputação. Ela é a prova da veracidade da imputação. Para o juiz analisar o mérito da ação penal e verificar se houve crime de calúnia, ele precisa analisar como questão prejudicial se a imputação é falsa ou verdadeira. Como regra geral, justamente porque existe no âmbito do crime de calúnia o elemento normativo do tipo que é a falsidade da imputação, admite-se na calúnia a exceção da verdade.

Entretanto, o art. 138, § 31C prevê uma série de hipóteses em que não cabe a exceção da verdade:

Aqui essas hipóteses são as que excepcionalmente não cabe a exceção da verdade, afastando-se esta possibilidade. A pergunta da prova era qual era o fundamento utilizado pelo Código Penal nas hipóteses do § 3º para que não caiba a exceção da verdade. São fundamentos fortes que mencionaremos porque esse é o meio de defesa do dito caluniador. No inciso I:

***I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;***

Nós estudamos no Processo Penal que na ação penal privada vigora o princípio da conveniência ou oportunidade no âmbito da propositura da ação penal privada, diferentemente do princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal pública incondicionada. O importante no âmbito da ação penal privada é ter em mente que existe um respeito à faculdade do ofendido de ajuizar ou não a ação penal, seja por motivo do bem jurídico tutelado ser disponível ou em razão do que já vimos em outra oportunidade, que é o *strepitus cuore*, que é a vergonha que o processo penal pode causar ao ofendido, ou seja, em sede de ação penal privada vigora o princípio da conveniência e oportunidade, que tem diversos consectários, como o instituto da preempção, do perdão do ofendido, que são institutos que no curso do processo penal da ação penal privada podem ensejar a extinção da punibilidade, mesmo que a queixa já tenha sido oferecida, como por exemplo, se o ofendido deixa de comparecer a um dos atos processuais, se não pede em alegações finais a condenação do sujeito. Em razão disto não cabe exceção da verdade em crimes de ação penal privada, porque se alguém imputa um crime de ação penal privada a uma pessoa e o ofendido não quis processá-lo, não será o dito caluniador que fará a prova da existência do crime.

Na verdade, o fundamento de não caber a exceção da verdade é o fato do crime de ação penal privada ser um crime que fica subordinado ao princípio da conveniência e oportunidade do ofendido. Todos os crimes referentes ao capítulo dos crimes contra os costumes se enquadram nesta hipótese.

Inciso II:

***II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;***

Já o artigo mencionado dispõe que:

***Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:***

***I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;***

Aqui vigora um fundamento de ordem política para que não caiba a exceção da verdade. Se o presidente da república comete crime há outros instrumentos jurídicos, como

o impeachment, para que se perquiria a prática deste crime. A motivação é para impedir que qualquer um politicamente mal intencionado comece a caluniar o Presidente da República.

Inciso III:

***III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.***

Aqui temos a imputação de um crime de ação pública em que o sujeito tenha sido absolvido, existindo coisa julgada, o fundamento é a proibição da revisão criminal pro societatis, pois se já há coisa julgada em favor do sujeito dizendo que ele foi absolvido não cabe reabrir a questão. O respeito ao princípio da coisa julgada e à proibição da revisão criminal pro societatis é o fundamento deste inciso.

Basicamente essa era a resposta à questão da prova de juiz de Direito.

Elemento subjetivo dos tipos dos crimes contra a honra ⇨ existe controvérsia doutrinária a este respeito.

1ª posição ⇨ há quem entenda que é o dolo de dano direto ou eventual. Exige-se, para essa corrente doutrinária, a vontade de lesar a honra alheia.

2ª posição ⇨ consciência do caráter lesivo da expressão ou imputação, não se exigindo a intenção de prejudicar honra, de lesioná-la.

3ª posição ⇨ muito mencionado pela doutrina. O elemento subjetivo é o animus difamandi neo injuriandi, não se confundiria com o dolo, exigindo tão somente o cunho de seriedade que o sujeito imprime em seu comportamento. Na verdade, este animus estaria afastado se houvesse por parte do sujeito um animus narrandi, animus jocandi, animus criticandi, animus corrigendi, se o sujeito tivesse tão somente o intuito de narrar um fato que ele tem ciência.

Ex.: testemunha em um processo diz ao juiz que ouviu falar que o denunciado realmente praticou peculato. A testemunha não tem ânimo de ofender ou caluniar o sujeito; ela está narrando um fato que ela ouviu dizer. O ânimo dela não é de ofender ou caluniar a pessoa, mas narra algum fato que foi a ela mencionado e o juiz está perguntando.

O animus jocandi é o de brincadeira, como Casseta e Planeta que não tem animo de injúria.

Animus criticandi é o das críticas feitas em jornal sobre livros e filmes, que não têm o objetivo da injúria ou difamação, embora alguns se sintam sensíveis a críticas.

Animus corrigendi é o do pai que chama o filho de preguiçoso, porque ele fica o dia inteiro no quarto estudando para o concurso que nunca chega. Ele não está querendo injuriar o filho.

Estas hipóteses excluem o elemento subjetivo do tipo nos crimes contra a honra.

Se o fato imputado na calúnia for uma contravenção, a hipótese não será de calúnia, mas de difamação. Quais são as formas de calúnia existentes? Ela pode ser de três formas:

1. explícita ou inequívoca ⇨ hipótese de alguém que aponta uma pessoa como sendo o estuprador que está realizando vários estupros na comunidade em que ele vive. Existe uma calúnia inequívoca.

2. implícita ⇨ quando se vê dois sujeitos e um deles trabalha em uma repartição pública e a ele é imputado o seguinte fato: não fui eu quem ficou se beneficiando todos estes anos dos cofres públicos. Este aqui, implicitamente está dizendo que o outro está praticando peculato, desviando dinheiro público. Isso é uma forma eufemística de dizer que o outro está desviando dinheiro de sua repartição.

3. reflexa ⇨ o fato de se imputar a um promotor a conduta de não ter denunciado uma certa pessoa porque recebeu propina de outra. É óbvio que embora o alvo seja o promotor, aquela que ofereceu a propina também é alvo de imputação de crime de corrupção. Mesmo que diretamente não se queira atingir a terceira pessoa, ela pode e é atingida pela imputação feita.

Momento consumativo da calúnia ⇨ momento em que terceiro toma conhecimento da imputação, mesmo que a vítima, o ofendido, não tenha tido conhecimento desta calúnia. A calúnia atinge a honra objetiva, a reputação, e justamente por isso o momento consumativo é este.

Observação importante ⇨ remissão no Código Penal. Denúnciação caluniosa no art. 339 do Código Penal. Na verdade, a denúnciação caluniosa absorve a calúnia, que é um crime subsidiário em relação à denúnciação caluniosa.

Se da calúnia resulta a instauração de um dos procedimentos descritos no caput do artigo, o sujeito responde só pela denúnciação caluniosa, porque a calúnia fica absorvida pelo crime do 339. ela passou a ser punida pelo inquérito civil ou ação de improbidade administrativa.

Difamação – art. 139 do Código Penal.

Na difamação a objetividade jurídica é a honra objetiva, a reputação, sendo que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, como a calúnia e a injúria. Neste caso, o fato que é imputado por força da difamação tem que ser fato, preciso concreto e determinado. Se houver uma narração vaga, imprecisa no âmbito da difamação, a hipótese será de injúria, mas não de difamação. Não se exige narração pormenorizada, embora o fato tenha que ser preciso e certo.

Ex.: sujeito que comprou apartamento para se encontrar com a amante. Mesmo que o outro não saiba onde é o apartamento, o simples fato de mencionar sua compra já é suficiente para caracterizar a difamação. Ele não precisa fazer como o Ministério Público na denúncia, descendo a detalhes. Se ele diz que A costuma ter amantes, praticar peculatos,

é atribuição de qualidade negativa, não crime de difamação ou calúnia. Vejam que é uma forma diferente de dizer que A é mulherengo, ladrão, etc.

Em relação à falsidade ou não, não se exige que o fato seja falso, mas excepcionalmente há possibilidade da exceção da verdade, que é a hipótese do § único.

Ex.: A teve atribuído a si o fato de dormir todos os dias na repartição e não faz nada; os processos estão todos atrasados. Este fato é passível de exceção da verdade, porque existe o interesse da Administração Pública de apurar este fato. A regra geral na difamação é que não cabe a exceção da verdade, mas quando o fato imputado é sobre o exercício das funções de funcionário público, há interesse da Administração em apurar o fato.

O momento consumativo da difamação é o momento em que ocorre o conhecimento da imputação por terceiro que não a vítima, assim como na denúncia. Mesmo que a vítima não tome conhecimento da imputação, o crime está consumado porque a difamação atinge a honra objetiva.

#### Injúria - Art. 140 do Código Penal

Numa primeira observação, que é a mais importante, é distinguir a injúria qualificada do desacato. A injúria qualificada é a do art. 141, II do Código Penal:

Vamos imaginar a hipótese de funcionário público a quem é atribuída uma qualidade negativa que se refere ao exercício das funções. Será que a hipótese é de injúria qualificada ou de desacato, art. 331 do Código Penal? Esta questão sempre cai em prova.

Distinção entre injúria qualificada e desacato ⇔ o desacato exige a presença do funcionário público, sendo o fato praticado em razão e por ocasião do exercício da função. Ausente o funcionário no momento da conduta, ainda que realizada em razão da função, a hipótese é de injúria qualificada (art. 141, II do Código Penal).

Ex. 1: funcionário público em um bar, tomando uma cerveja, passa uma pessoa e xinga este funcionário de mulherengo.

Ex. 2: mesma cena e o funcionário é xingado de corrupto por uma pessoa que ali passa. Nesta hipótese teremos uma injúria qualificada porque o xingamento existe em razão da função.

Se este funcionário público é xingado de corrupto no local de seu trabalho terá havido a prática do crime de desacato, porque o xingamento é em razão e por ocasião da função. Esta é a diferença básica desta hipótese.

Ainda sobre a injúria, que atinge a honra subjetiva, que configura o momento consumativo no âmbito do conhecimento do ofendido. O momento consumativo é aquele em que o ofendido toma conhecimento da atribuição da qualidade negativa. É diferente do momento consumativo da calúnia e difamação.

Na injúria não se admite a exceção da verdade, justamente porque seria ridículo e absurdo o fato de uma pessoa provar por A+B que não é feio, por exemplo.

O crime é formal.

Art. 140, § 1º:

Aqui há a figura do perdão judicial e no caso do inciso II deve haver outra injúria também, não pode ser difamação, senão não cabe perdão judicial.

As mesmas observações que foram feitas para o perdão judicial podemos fazer agora; observações sobre a natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial, súmula do Superior Tribunal de Justiça, a questão de se considerar a sentença declaratória da extinção da punibilidade e não condenatória.

Art. 140, § 2º do Código Penal:

A injúria real, que consiste e, violência ou vias de fato, as vias de fato são absorvidas pela injúria real. Se ocorrer uma lesão corporal, teremos um concurso formal impróprio entre a injúria e a lesão corporal. Será impróprio porque as penas serão somadas, ou seja, o resultado será o mesmo, as penas serão somadas, como no concurso material. Fazer remissão ao art. 70, 2ª parte.

Exemplos de injúria real: bofetada, rasgar vestido de uma mulher, jogar excremento em uma pessoa, jogar ovo em uma pessoa. Não é caso de lesão corporal, é para injuriar, irritar a pessoa.

Falamos que iríamos fazer algumas observações sobre o racismo. Falamos sobre a injúria real (§ 2º do art. 140 do Código Penal) e paramos no § 3º do mesmo artigo.

Vimos na aula passada que a injúria tem como objetividade jurídica a honra subjetiva, de modo que ela atinge aquele sentimento que cada um possui de si mesmo. A injúria é atribuição de uma qualidade negativa ao ofendido de modo que o momento consumativo do crime de injúria será o momento em que o ofendido toma ciência dessa atribuição de qualidade negativa. Vimos que a injúria é bem diferente da difamação e da calúnia, justamente porque a objetividade jurídica na injúria é diferente, atingida é a honra subjetiva.

Tema interessante na injúria é que justamente pelo fato dela atingir a honra subjetiva, a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo da injúria. Justamente porque ela não goza de honra subjetiva, de modo que não cabe falar em injúria de pessoa jurídica. Fazer remissão do art. 140 do Código Penal ao art. 23, III da Lei 5.250 (Lei de Imprensa), porque este artigo, ao contrário do que foi exposto, deixa entrever que seria possível falar em injúria de pessoa jurídica:

De modo que pelo se percebe nesta redação, este dispositivo dá a entender que seria possível falar em injúria em relação à pessoa jurídica. A doutrina majoritariamente vem entendendo que não é possível a configuração da injúria com relação à pessoa jurídica, principalmente porque ela não goza de honra subjetiva, que seria um sentimento. Mesmo com esta redação a doutrina vinha afastando esta hipótese.

Vimos também na aula passada que a injúria pode ser injúria real e aí os parágrafos do art. 140 são as formas qualificadas de injúria. O § 2º trata da injúria real que pode ser praticada por vias de fato ou com violência, leia-se, lesão corporal, dano que seja causado contra a pessoa. Isto terá importância quanto ao tipo de ação penal na injúria real.

O mais importante e o que trataremos na aula de hoje é o § 3º do art. 140:

Observem que este parágrafo foi acrescentado por uma lei de 1997 que passou a tipificar a conduta de injúria discriminatória como sendo uma injúria qualificada. Ela é chamada injúria discriminatória ou de preconceito, que são nomes dados pela doutrina.

Ela não se refere apenas à questão da raça ou da cor, ela se refere à religião e origem também. O importante é distinguir esta injúria discriminatória do crime de racismo que está previsto na lei 7.716/89, que é uma lei que merece ser estudada na medida em que o Supremo Tribunal Federal vem discutindo a questão do racismo num determinado habeas corpus que encontramos no informativo 318.

O art. 1º desta lei é o vetor interpretativo de todos os artigos da lei. Na verdade é uma elementar dos outros tipos.

***Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)***

Em todos os tipos penais mencionados nesta lei, este deve ser o comportamento seguido pelo agente em razão da discriminação prevista no art. 1º.

***Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos.***

Aqui, embora o § 3º não expresse claramente que é em razão de preconceito de raça, cor, credo, etc. isto é uma decorrência do art. 1º. Ele serve de vetor para todas as tipificações das condutas da lei de racismo. O art. 4º dispõe:

***Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos.***

O que podemos perceber é que os tipos penais são todos tipos que prevêm atos de impedimento em razão da discriminação, preconceito de raça, cor religião, etnia, etc.

A injúria discriminatória é a imputação de uma qualidade negativa em decorrência do preconceito. Vejam que as condutas são essencialmente diferentes. Na injúria discriminatória se imputa uma qualidade negativa e no racismo se impede a pessoa de praticar um ato que ela poderia praticar pela lei, que a lei não proíbe que ela pratique. Os tipos penais da lei do racismo se aproximam muito do tipo do constrangimento ilegal. É como se fosse um constrangimento ilegal especializado pela discriminação de raça, cor, etnia, etc. Os atos da lei do racismo não são atos de mera imputação de qualidade negativa como acontece na injúria discriminatória; são atos de impedimento. A pessoa deixa de fazer alguma coisa em virtude de preconceito.

O tipo do constrangimento ilegal está no art. 146 do Código Penal:

***Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:***

***Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.***

***Aumento de pena***

***§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.***

***§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.***

***§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:***

***I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;***

***II - a coação exercida para impedir suicídio.***

A aproximação é mal comparando porque na verdade nem todas as elementares do tipo do constrangimento estarão previstas no racismo, mas se aproxima do constrangimento porque o sujeito será impedido de frequentar clubes (art. 9º), de ter acesso a restaurantes, bares, hotéis, etc.

Também devemos perceber que a pena do crime de racismo é bem superior à pena da injúria discriminatória porque outro obsta algo que outro poderia pela lei praticar por força deste preconceito.

O crime de racismo só vai acontecer se o sujeito tiver sido impedido de praticar algum dos atos previstos na lei 7.716.

No art. 20 está disposto que:

***Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)***

***Pena: reclusão de um a três anos e multa.***

***§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.***

***§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.***

***§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:***

***I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;***

***II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.***

***§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.***

O artigo 20 suscitou a discussão quando da publicação de um livro que segundo o Ministério Público constituiria um livro de propagação do nazismo e isto deu ensejo à discussão no Supremo Tribunal Federal. Esta conduta é de incitação à discriminação.

É importante mencionar e distinguir os tipos porque no racismo, no mesmo contexto fático pode haver um ato de impedimento e ao mesmo tempo seja xingada. Nesta hipótese poderia se defender que a pessoa respondesse apenas pelo crime de racismo porque na verdade o ato decorreu do preconceito e se tornou explícito em razão da expressão da qualidade negativa.

Ex.: A tenta entrar no clube e é xingado também. O xingamento é a expressão do preconceito que ensejou o impedimento. A injúria discriminatória fica consumida pelo racismo.

Ex.: a filha do governador do Espírito Santo foi mandada para o elevador de serviço, mas a professora não se lembra na época do contexto da história.

A injúria discriminatória pode ser um ato velado através de símbolos ou gestos e é difícil a comprovação de casos concretos. Os Tribunais não tiveram ainda casos para estabelecer discussão. O que se vem discutindo no Supremo Tribunal Federal em relação ao crime de racismo é o alcance que é dado à expressão racismo no art. 5º, XLII da Constituição da República.

***XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;***

Fazer remissão a este artigo na Lei de racismo.

A discussão que surge é da expressão racismo porque há uma consequência jurídico-penal muito grande neste crime que é a imprescritibilidade. Lembrem-se do que

falamos quando tratamos da prescrição: o Direito penal moderno e o princípio da humanidade da pena estabelece que como regra geral todos os crimes são passíveis de prescrição. Esse é um princípio informador do Direito penal moderno. Ocorre que há algumas exceções da regra da prescritibilidade que estão previstas na própria Constituição da República. Uma destas exceções é o inciso XLII, ou seja, o Estado não tem prazo para exercer sua pretensão punitiva em relação ao crime de racismo.

A questão que se coloca é que houve uma ampliação da lei do racismo para se abarcar como discriminatórias condutas que sejam referentes também à religião e à origem da pessoa. Inicialmente na lei de racismo não havia menção à origem ou à religião.

O caso que se discute é o do escritor e sócio da editora que publicou distribuiu e vendeu ao público obras anti semitas, relacionadas à religião. A pergunta, se cabe hc, é se a expressão racismo poderia também abarcar a discriminação relativa à religião. Para quem quiser verificar, o informativo 318 do Supremo Tribunal Federal trata da questão. Este julgamento foi adiado por duas vezes e há uma pressão sobre ele. Ele ainda não terminou.

A questão trata do hc de condenado pelo art. 20 da lei 7.716 na redação dada pela lei 8081/90 pelo delito de discriminação contra os judeus por ter como sócio da editora publicado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas, delito este a que foi atribuída imprescritibilidade pelo art. 5º, XLII da Constituição da República. Preliminarmente o Tribunal indeferiu questão de ordem suscitada pelo Ministro Carlos Brito no sentido da concessão de hc de ofício sob o entendimento que não se teria demonstrado que os livros objeto da denúncia forma editados na vigência da lei 8.081, o que implicaria nulidade absoluta do processo por ofensa ao princípio constitucional de irretroatividade da lei penal, por ausência dos requisitos indispensáveis à concessão do hc de ofício. Considerou-se que o fundamento da impetração limita-se à imprescritibilidade, não sendo possível em sede de hc o reexame da matéria probatória.

O Min. Carlos Brito queira conceder hc de ofício para anular o processo todo em vista da questão da irretroatividade da lei penal, porque não haveria prova de que ele teria publicado o livro após a inserção da questão da religião no âmbito da discriminação na lei 7.716. isto foi afastado pelo Tribunal.

O Min. Celso de Mello disse que racismo inclui a questão da religião, salientou que o ato de incitação do racismo não se prende à data da publicação do livro, mas da divulgação das idéias nele contidas, afastando a irretroatividade da lei penal e o Min. Carlos Brito proferiu voto vista no sentido do deferimento do hc para absolver o paciente por considerar atípica a conduta cuja prática não se caracterizara como discriminatória, estando enquadrada na sua liberdade de iniciativa na qualidade de empresário. Este art. 20 dá ensejo a uma questão de colisão de princípios no âmbito da Constituição da República. De um Aldo há a liberdade de expressão de iniciativa e de outro há a questão do racismo, da honra destas pessoas.

Após o julgamento foi adiado em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.

O mero ato de publicação é consumação do crime. Este julgamento deve ser acompanhado e não saiu uma decisão definitiva.

Este tipo do art. 20 é misto alternativo; se ele pratica qualquer destas condutas já está com o crime consumado.

Art. 141 do Código Penal trata de causa de aumento na parte especial do Código Penal:

***Disposições comuns***

***Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:***

***I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;***

***II - contra funcionário público, em razão de suas funções;***

***III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.***

***Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.***

Atenção aqui porque já foi objeto de prova e na calúnia praticada contra presidente da república não cabe exceção da verdade, por fundamentos políticos. Fazer remissão para o art. 138, § 3º, II do Código Penal que fala do não cabimento da exceção da verdade. A motivação é política e há procedimento constitucional próprio para apuração das condutas praticadas pelo presidente da república que é o crime de responsabilidade e o impeachment.

O inciso II do art. 141 fala do crime praticado contra funcionário público em razão de suas funções. Aqui também deve ser feita remissão para o crime de desacato. Vimos exemplos que mencionamos que desacato vai ser praticado em razão da função e por ocasião da função.

O art. 141, III terá causa de aumento por razões óbvias. Embora o momento consumativo do crime de injúria seja o momento em que o sujeito toma conhecimento da imputação de qualidade negativa, se essa injúria é praticada através de meio que facilite a divulgação, como a pessoa contratar carro de som para injuriar alguém, é óbvio que o crime estará consumado quando o injuriado ouvir, mas também está claro que o crime terá uma causa de aumento pelo meio utilizado.

Se o crime for através da imprensa, estará tipificado na lei 5.250. fazer remissão porque não pode ser pela imprensa. Se for por ela incidirão os artigos 20 a 22 da lei 5.250.

Parágrafo único ⇔ não tem dúvida.

Art. 142 trata de causas especiais de exclusão da ilicitude. Ele é para a parte especial que contém causas de exclusão da ilicitude. A natureza jurídica, portanto, destes dispositivos é causa de exclusão da ilicitude.

Fazer no art. 23 do Código Penal remissão ao art. 142 do Código Penal que trata da mesma coisa na parte especial.

***Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:***

***I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;***

***II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;***

***III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.***

***Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.***

O inciso I deste artigo trata do que se chama imunidade judiciária, questão que consta de diversos editais, principalmente na área federal. Já foi perguntado em prova o que é imunidade judiciária, sua extensão e seu alcance.

Imunidade judiciária é a de caráter substantivo que protege o advogado em seu exercício profissional. Ela tem sua sede na Constituição da República. Atualmente o art. 133 da Constituição da República menciona a imunidade do advogado.

***Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.***

A palavra inviolável se refere exatamente a essa imunidade judiciária. O art. 142 do Código Penal não apenas no que diz respeito à imunidade judiciária, mas a todos os casos de que trata não se refere à calúnia, porque na calúnia há um interesse do Estado em punir as condutas criminosas. Na calúnia há um elemento subjetivo do tipo, que é o dolo.

Essa imunidade judiciária se refere tanto a ofensas verbais quanto às escritas, ou seja, as manifestações do advogado em audiência ou por escrito.

Exige-se também um requisito implícito na imunidade judiciária que é o nexo de causalidade entre a ofensa e os debates no âmbito do processo. Se a ofensa não tiver nenhuma relação com o objeto do processo, o advogado não pode se vale da imunidade judiciária.

Ex.: advogado imputa uma qualidade negativa a uma pessoa que não é parte no processo, uma ofensa a uma pessoa que não tem nada a ver com a resolução da causa. Ele não se poderá valer da imunidade judiciária. Este é um requisito implícito da lei e vai depender do caso concreto se a ofensa tem ou não o nexo da causalidade .

As partes também podem se vale da imunidade. Estas partes devem ser entendidas da forma mais ampla possível, abarcando o autor, réu, terceiro prejudicado que recorre, o chamado à autoria, assistente, todas as pessoas que tenham algum interesse jurídico no

processo, inclusive nos procedimentos de jurisdição voluntária. A interpretação que se dá aqui é a mais ampla possível, porque este artigo é causa de exclusão de ilicitude.

A palavra causa no art. 142, I pode ser o processo administrativo. Não precisa ser apenas o processo judicial, pode ser procedimento de jurisdição voluntária.

Existe um posicionamento no âmbito da jurisprudência no sentido de que as ofensas dirigidas ao juiz não estão abarcadas pela imunidade. Mesmo após a Constituição da República de 1988 que passou a prever a imunidade judiciária esta jurisprudência vem prevalecendo.

O inciso II é a chamada imunidade literária. Mesmo que não houvesse este inciso as hipóteses de críticas proferidas na literatura e ciência não configurariam crime contra a honra porque não existiria o elemento subjetivo do tipo. Havendo o animus criticandi não há que se falar no elemento subjetivo do tipo, que é o animus difamandi.

Tanto assim é que o art. 142, II prevê a ressalva se houver a intenção de injuriar ou difamar. Se houver o elemento subjetivo o sujeito responde.

A testemunha tem o animus narrandi, falta também o elemento subjetivo.

Outra questão importante é a do inciso II que trata da imunidade funcional, quando o funcionário público emite uma opinião. Quando, por exemplo, ele emite uma avaliação de serviços prestados. É óbvio que ele está atuando por dever de ofício. Se ele emitir avaliação desfavorável não responderá por injúria ou difamação, a menos que fique configurado que há o ânimo da difamação.

As imunidades dos incisos I e II são imunidades pessoais, ou seja, quem dá publicidade às ofensas responde pelo crime porque é pessoal em relação aos agentes abarcados pela imunidade.

Art. 143 trata da retratação:

### ***Retratação***

***Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.***

A retratação, como regra geral, não é causa de extinção da punibilidade. Ela pode ser utilizada como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal pelo juiz, para fins de fixar a pena base a seu mínimo, na primeira fase do sistema trifásico. Entretanto, excepcionalmente, a retratação é causa extintiva da punibilidade. Vejam que aqui nos crimes contra a honra, como exceção, ela é causa extintiva de punibilidade. Fazer remissão ao rt. 107, VI do Código Penal.

**Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

.....

.....

**VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;**

A retratação precisa vir prevista expressamente, que é o que acontece no art. 143 do Código Penal. Retratar significa desdizer-se, negar que se falou anteriormente. Isto é importante porque o retratado não se confunde com confessar o crime. Uma pessoa pode confessar que imputou um fato ofensivo à reputação de uma outra pessoa, e não querer retirar o que disse. Retratar-se é retirar o que foi dito, o fato ofensivo no âmbito à difamação. A retratação só se refere aos crimes que atingem a honra objetiva, ou seja, uma calúnia ou uma difamação.

Em relação à calúnia e à difamação existe a imputação de um fato e há interesse em ter aquele fato desmentido, retirada sua imputação. Na injúria não cabe a retratação.

Ação penal

A retratação só vale na ação penal privada, ou seja, nos crimes contra a honra que são de ação penal privada porque o Código Penal no art. 143 se refere ao querelado. É bom sublinhar esta palavra no artigo porque ela está dizendo que a retratação cabe apenas na hipótese de ação penal privada.

Alguns julgados isolados vinham entendendo de uma forma diferente e aí, dependendo da prova que se venha fazer, vale mencionar que apesar de ser entendimento minoritário pode ser ventilado. Eles vinham entendendo que em alguns crimes contra a honra em que a ação penal fosse pública condicionada à representação, havendo uma extensão. Este posicionamento é mais favorável ao réu, embora minoritário.

Outra observação importante ⇨ a retratação tem que acontecer até a sentença de primeiro grau, não se tratando de decisão com trânsito em julgado.

A retratação é unilateral, vale dizer, não se exige a aceitação do ofendido em relação à retratação. Uma vez ocorrida a retratação, que o réu tenha negado o que falou anteriormente, o juiz decreta a extinção da punibilidade, mesmo que o ofendido esteja com muita raiva e não a aceite. Isto não interessa. Ela deve ser retratação completa, cabal.

Outra observação ⇨ a retratação não se comunica no concurso de pessoas. É uma circunstância subjetiva incomunicável. Fazer remissão para o art. 30 do Código Penal. Ela será pessoal em relação a cada um daqueles que se retrataram.

Observação sobre o art. 144 do Código Penal que fala sobre o pedido de explicações.

**Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se**

***recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.***

Aqui este pedido de explicações é um instituto que precisa ser visto com muito cuidado porque a redação do artigo dá a entender que haverá um julgamento do pedido de explicações, quando na verdade não é o que acontece. Este pedido é um instrumento que não surte qualquer efeito no prazo decadencial da ação penal privada e isto é muito importante. O ato do advogado ajuizar o pedido de explicações não interrompe nem suspende o prazo decadencial da ação penal privada, porque este não se interrompe nem se suspende.

Pergunta da prova oral da professora ⇒ se o fórum fechar mais cedo por inundação, no último dia do prazo para propor uma ação penal privada, o que acontece com o prazo? Ele termina porque é decadencial, é um Direito potestativo. É um Direito de influir na esfera jurídica de outrem.

Então o advogado que ajuíza pedido de explicações para influir no prazo de ajuizamento da ação penal privada se engana redondamente.

Se o pretense ofensor dá explicações insatisfatórias ou não dá satisfação nenhuma, o juiz não o condena nos autos do pedido de explicações. Qual é a eficácia do pedido de explicações? O juiz manda notificar o suposto ofensor, este entrega as explicações e o juiz as entrega ao suposto ofendido. Ele não profere decisão jurisdicional sobre as explicações. Este artigo 144 no final deixa entrever que ele responde pela ofensa e na verdade não é isso que acontece. O juiz pode levar em conta o pedido de explicações para perquirir a existência de justa causa na ação penal privada que venha a ser proposta depois. Digamos que as explicações tenham esclarecido o mal entendido, ele não queria injuriar nem caluniar ninguém, mas mesmo assim o ofendido propõe ação penal privada. O juiz leva em conta as explicações para fins de receber ou não a denúncia, entendendo, por exemplo que não exista a justa causa, não existe a configuração do ânimo.

Outra eficácia jurídica diz respeito a tornar o juízo preventivo, de modo que a ação penal privada que venha a ser proposta posteriormente venha a ser distribuída por dependência, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal:

***Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).***

O art. 145 do Código Penal vai tratar da ação penal dos crimes contra a honra e é rico em termos de prova:

***Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.***

***Parágrafo único - Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n.º I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n.º II do mesmo artigo.***

Este artigo vai definir qual a espécie de ação penal nos diversos crimes contra a honra já estudados. A regra geral no âmbito destes crimes é que sejam de ação penal privada. Nos crimes contra a honra o crime pode ser de ação penal pública incondicionada, ação penal pública condicionada à representação e ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

A 1ª hipótese é do 145, caput. Está se falando da injúria real em que há como resultado a lesão corporal na ressalva do caput.

Injúria real com vias de fato ⇔ ação penal privada

Injúria real com lesão corporal ⇔ ação penal pública incondicionada

Na aula passada falamos sobre o objeto do furto. Falamos sobre o furto de energia, furto de cadáver e entraremos agora nas qualificadoras.

Estudaremos o furto qualificado na aula de hoje, lembrando que falaremos sobre algumas controvérsias sobre este furto. Neste crime de furto têm que dar uma lida no Código Penal comentado, porque há muitas questões que caem em prova tiradas destes Códigos.

Art. 155, § 4º:

O § 4º, I trata de hipótese em que há violência contra a coisa. O rompimento ou destruição de obstáculo se dirige à coisa. Não há violência contra a pessoa, que é o aspecto que distingue o furto do roubo. Veremos no art. 157 do Código Penal que os meios para praticar o roubo que são justamente a violência e a grave ameaça. Isto é importante porque existe na parte geral do Código Penal alguns institutos para cuja aplicação não se admite quando há violência contra a pessoa. Um exemplo que já estudamos é o art. 44, I do Código Penal que fala das hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo que ele vai definir os requisitos desta substituição:

Se houver um furto qualificado do § 4º, i. com pena de 2 a 8 anos, se o juiz aplicar pena de dois anos, em tese, cabe a substituição por restritiva de direitos porque aqui não há violência contra a pessoa, há violência contra a coisa. Isto é importante porque alguns institutos da parte geral do Código Penal não se aplicam quando há violência contra a pessoa. Fazer remissão do 155, § 4º do Código Penal ao art. 44, I do Código Penal.

Vejam que no âmbito do § 4º há um dano sendo cometido contra a coisa. A pergunta que se coloca é: o sujeito responde pelo crime de furto e pelo crime de dano? Não. Nesta hipótese há absorção pelo furto qualificado e o dano é um tipo penal subsidiário em relação ao furto qualificado. O sujeito quando efetivamente comete o rompimento comete crime de

dano, mas o tipo do art. 155, § 4º, I já prevê como qualificadora; o art. 163 do Código Penal não é aplicado.

É o princípio da subsidiariedade explícita no âmbito do concurso aparente de normas, porque o tipo penal do dano é subsidiário com relação ao furto qualificado por rompimento de obstáculo. É absorvido pelo tipo do furto qualificado. Na verdade, a tipificação da conduta será só no art. 155.

A seguinte questão foi perguntada na prova da Defensoria ⇨ uma pessoa quebra o vidro do carro para retirar o toca-fitas ou toca-CD, ou quebra o painel para tanto. Este fato enseja a incidência da qualificadora do inciso I?

Há duas posições a considerar:

1ª !2 a Defensoria entende que não há furto qualificado pois o vidro e o painel não podem ser considerados obstáculos no âmbito do art. 155, § 4º. Obstáculos seriam os equipamentos com a exclusiva finalidade de proteção, o que não é o caso. Os vidros do carro se prestam a impedir que chuva e poeira entrem no carro e não para proteção do veículo.

Para este exemplo, obstáculos seriam trancas, fechaduras e travas, que têm a finalidade de proteção; só os equipamentos de proteção, para esta posição, estão abrangidos pelo tipo penal. É ideal para a Defensoria porque é mais favorável ao réu.

2ª ⇨ Obstáculos no âmbito do § 4º do art. 155 são próprios (aqueles que têm a finalidade exclusiva de proteção) e impróprios (aqueles que têm outras finalidades além da de proteção). Obstáculos como cadeado, tranca, fechadura, dispositivos de segurança, seriam próprios e vidro, painel, ensejariam também a incidência da qualificadora. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. São considerados neste posicionamento todos: os próprios e os impróprios.

Dispõe o inciso II do § 4º:

Neste inciso há duas questões básicas e uma já foi objeto de questão na prova da Magistratura Estadual. É a questão do abuso de confiança, que pode ser conceituado como a hipótese em que o acesso à coisa é franqueado ao sujeito ativo do crime, o que normalmente não ocorreria.

A questão foi sobre a empregada doméstica e a relação empregatícia no âmbito doméstico. A empregada comete furto em relação às coisas da casa onde trabalha. Neste caso responde por furto qualificado ou simples? Há abuso de confiança no âmbito da relação empregatícia, ou a hipótese não seria de abuso de confiança? Na Magistratura Estadual perguntaram isto de forma indireta, em uma questão de fixação de competência territorial no âmbito penal e ao lado de uma receptação.

Os candidatos precisavam verificar onde ocorreu o crime mais grave para fixar a competência, de forma que, indiretamente, o candidato teria que verificar se aquele furto praticado o foi com abuso de confiança, porque aí haveria a incidência da qualificadora.

A pergunta que se coloca é: a empregada doméstica que pratica furto em relação à patroa, pratica furto qualificado? O posicionamento majoritário no âmbito da jurisprudência é no sentido de que na há furto qualificado por abuso de confiança, mas sim furto simples com a agravante genérica do art. 61, II, f do Código Penal:

A qualificadora do inciso II do § 4º exige o especial vínculo de fidelidade entre patrão e empregada, não bastando por si só a relação empregatícia.

A empregada doméstica só praticaria furto qualificado se fosse aquela de muitos anos, que tem acesso a coisas da casa que normalmente não ficariam a disposição da qualquer empregada.

Ex.: coisas como jóias, dólares ou dinheiro vivo costumam ficar escondidas ou em cofre, guardadas. Tem que ser a empregada de muitos anos ou aquela pessoa que se confunde com a da família, com acesso irrestrito para incidir a qualificadora.

O posicionamento majoritário entende que não é pelo simples fato da pessoa ter uma relação doméstica empregatícia que vai fazer incidir a qualificadora. O abuso de confiança exige um pouco mais que é este especial vínculo de fidelidade.

Em questão de prova deve ser colocado o posicionamento majoritário e também aquele que entende que incide a qualificadora, bastando a configuração de relação empregatícia.

Embora a empregada responda pelo crime simples, existe a agravante genérica que é aplicada na segunda fase de aplicação da pena, no âmbito do sistema trifásico. Fazer remissão do art. 155, § 4º, II para o art. 61, II, f do Código Penal.

#### 2ª questão importante no art. 155, § 4º, II:

Furto mediante fraude. Em prova é pedida a distinção entre furto mediante fraude e estelionato, direta ou indiretamente.

Ex.: há em restaurantes, manobristas. Estes serviços são prestados com a entrega da chave ao manobrista e a recepção de um ticket numerado. Uma pessoa se disfarça de manobrista e foge com o carro de um freguês, utilizando-se de um ardid. Como tipificar esta conduta?

#### Diferença entre furto mediante fraude e estelionato:

No furto mediante fraude, a fraude ilude a vigilância do ofendido, que não tem consciência que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio. Já no estelionato, a fraude visa a permitir que a vítima atue em erro e se despoje conscientemente do bem. No estelionato, a pessoa tem consciência de que o bem está saindo da esfera de seu patrimônio,

ela dá o bem para outra pessoa sem querer que ele volte, por entender que existe uma contraprestação, só que esta contraprestação é vazia.

Ex.: estelionatário celebra com a vítima um contrato de troca de terreno por veículo, só que o terreno ou não pertence ao estelionatário ou não existe. A vítima, quando entrega o veículo, está conscientemente se despojando de seu bem porque imagina que há uma contraprestação da outra parte, só que a contraprestação é vazia, porque nela existe uma fraude.

No estelionato o sujeito quer se despojar do bem porque pensa haver uma contraprestação da outra parte. No furto mediante fraude não, porque a fraude tem o objetivo de tornar o bem mais disponível para o ladrão poder agir e é o que acontece quando há um ardil criado pelo sujeito que ilude a vigilância da vítima, como no exemplo do manobrista.

Deve ser observado então, se há contraprestação vazia, se há consciência que a pessoa está despojando-se de seu bem de livre e espontânea vontade.

Quanto às demais qualificadoras, a professora estará falando sobre ela quando falar de concurso de pessoas e demais questões atinentes ao § 4º.

Sobre o § 5º, dispõe ele que:

Há uma anotação nos Códigos que ele foi acrescentado pela lei 9426/96, mas ele foi feito sem um cuidado maior, a redação é defeituosa. Pela literalidade, a qualificadora só incidiria quando o veículo fosse transportado para outro Estado, ou para o exterior. É preciso que haja o resultado naturalístico no mundo dos fatos para que incida a qualificadora. Pela literalidade do dispositivo, se o sujeito é pego antes de conseguir seu objetivo, que é transportar não caberia a incidência da qualificadora e é o que alguns autores defendem.

Há uma séria controvérsia doutrinária sobre este ponto. Alguns autores entendem que pela literalidade do artigo, por se tratar de norma penal incriminadora, a interpretação deve ser taxativa, pelo princípio da taxatividade da lei penal, de modo que na hipótese do sujeito ser pego antes de conseguir seu objetivo, não incidiria a qualificadora.

Há autores, no entanto, que entendem que basta o objetivo de levar o carro para o exterior ou para outro Estado da federação, ou seja, se o sujeito agir com este objetivo, mesmo que não o tenha alcançado, ele responderia pela qualificadora. Este posicionamento merece a crítica com relação à taxatividade da lei penal. O dispositivo deveria dispor que a subtração do veículo tem a finalidade, tem como objetivo, de forma a tornar a redação mais de acordo com a idéia dos doutrinadores.

Há então quem entenda que não incide a qualificadora quando o veículo não faz a transposição de Estado ou atravessa a fronteira do país.

Outra questão ⇨ a doutrina vem entendendo que não cabe tentativa do 155, § 51C do Código Penal, por força do fato de que ele incide quando o resultado naturalístico acontecer. A doutrina majoritária tem afastado o cabimento da tentativa.

Com o roubo ocorrerá a mesma coisa. No art. 157, § 2º, IV, onde há esta perspectiva, isto também ocorre. O furto do § 5º está consumado. Existe um resultado posterior à consumação que é considerado para fins de qualificadora.

Dispõe o art. 156 do Código Penal sobre furto de coisa comum:

Este é um crime próprio, diferente do furto, porque vai exigir uma qualidade especial do sujeito ativo, que seja condômino da coisa comum. Na verdade, a propriedade pertence a mais de uma pessoa e quem furta a coisa é um dos co-proprietários.

Embora seja próprio, no restante da classificação é igual à furto: é material, instantâneo, cabe tentativa, e tal como o crime de furto as mesmas observações que são feitas com relação à tentativa e à consumação podem ser feitas para o crime do art. 156. a mais marcante é que ele é um crime próprio, que exige uma qualidade especial do sujeito ativo.

Obs 1: a qualidade do sujeito ativo se comunica no concurso de pessoas, de modo que um terceiro que não tenha esta qualidade especial, que auxilie, concorrendo na prática do crime, também responde pelo art. 156.

Adotamos a Teoria unitária no concurso de pessoas, de modo que o autor e o partícipe respondem pelo mesmo crime.

O art. 30 do Código Penal, ao final trata desta regra:

#### *Circunstâncias incommunicáveis*

***Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.***

Como há uma elementar do crime, ela se comunica aos outros na prática da conduta criminosa.

Obs. 2: se o sujeito ativo do crime tiver a posse da coisa comum não incidirá o art. 156, mas sim apropriação indébita (art. 168 do Código Penal).

Isto é decorrência do já comentado sobre posse e detenção, em aula, anterior ⇨ se o sujeito detém a coisa, pratica crime de apropriação indébita e não furto de coisa comum.

Vejam que o art. 156 determina que há subtração de quem legitimamente detém a coisa. Há uma presunção de que a coisa comum não está na posse do sujeito ativo do crime.

No furto a ação penal é pública incondicionada e aqui é condicionada à representação, pelo § 1º; a pena é menor.

O § 2º do art. 156 tem natureza jurídica de causa de exclusão de ilicitude no âmbito da parte especial do Código Penal. Geralmente se aconselha uma remissão ao 23 do Código Penal para lembrar a natureza jurídica.

Coisa fungível ⇨ pode ser substituída por outra de mesma qualidade e quantidade.

Havendo coisa fungível há aplicação do § 2º do Código Penal. Há duas questões a serem comentadas:

1ª ⇨ questão do Ministério Público Federal. Aplicação em crimes contra o patrimônio onde há pluralidade de vítimas.

Ex.: assalto a Ônibus, onde várias pessoas têm seu patrimônio lesionado. Como tipificar? A conduta ocorreu no mesmo momento de tempo? Forma vários roubos?

O que prevalece na jurisprudência e doutrina é que há concurso formal. O sujeito responde no âmbito do art. 70 do Código Penal, respondendo pelo roubo com pena aumentada.

Dispõe o art. 70:

Interpreta-se que o anúncio do assalto, se dirigindo a várias pessoas, é uma única conduta. Ela atinge a esfera patrimonial de várias pessoas.

2º posicionamento ⇨ determina que se trata de crime continuado, em razão de ter sido praticado nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. É o que diz o art. 71:

3º posicionamento ⇨ concurso material, pelo art. 69 do Código Penal, com fundamento de que haveria lesão a mais de um patrimônio.

4º posicionamento ⇨ (isolado). É crime único, por existir uma única conduta, mesmo que com várias lesões patrimoniais.

Prevalece, dentre eles o concurso formal.

Há uma outra questão que é a do patrimônio de várias vítimas concentrados em uma só pessoa.

Ex.: escritórios em que há o boy para fazer pagamentos para várias pessoas. Supondo que este boy seja assaltado, como é a classificação do crime?

O crime se dirige a uma pessoa que concentra patrimônio de várias pessoas. Mesmo nesta hipótese, o entendimento dominante é de que há um crime único. Por exemplo, se foi furtado, há um único furto e se foi roubado, há um único roubo. Neste caso fica bem clara a existência de uma única conduta. O sujeito quando se dirige àquela pessoa, ele vai roubar aquela pessoa. No ônibus, o sujeito se direciona a todas as vítimas que estão no ônibus. Dentro desta perspectiva, haveria um crime único, dentro da doutrina majoritária.

O furto terá como bem jurídico tutelado a posse das coisas móveis ou sua detenção.

Vamos falar agora do roubo e o art. 157 merece uma atenção tremenda.

Este tipo penal é o mesmo do furto, com o acréscimo dos meios empregados, que são a violência, a grave ameaça ou a redução da capacidade de resistência da vítima. No roubo a subtração da coisa é obtida através da violência, a grave ameaça ou a redução da capacidade de resistência da vítima.

Em doutrina, a redução da capacidade de resistência da vítima chama-se de violência presumida.

Ex.: no noticiário da semana passada houve a menção a um golpe denominado “Boa Noite Cinderella”, que é a mistura de um barbitúrico na bebida alcoólica da vítima e ela apaga. É muito comum e apareceu no noticiário em função de reportagem sobre violências sofridas por homossexuais. Neste golpe a vítima pode não sofrer lesão corporal, mas configura uma violência presumida, reduzindo sua capacidade de resistência. Neste golpe há roubo e não furto, pelo meio utilizado.

O roubo é classificado como roubo próprio e roubo impróprio.

Roubo próprio é aquele em que a violência e a grave ameaça são precedentes ou concomitantes à subtração da coisa.

Ex.: caput do art. 157 do Código Penal. Ele trata daquele roubo em que os meios empregados se prestam para que o sujeito consiga subtrair a coisa, portanto a violência ou grave ameaça são precedentes ou concomitantes.

Roubo impróprio é a figura do art. 157, § 1º do Código Penal, em que os meios empregados são posteriores à subtração da coisa.

Ex.: A pretende praticar um crime de furto. Quando já subtraiu o que queria, chega o dono da casa. Ele vai lá, agride o dono da casa para poder fugir. Embora a subtração tenha acontecido primeiro e a violência depois, haverá roubo impróprio, descrito no § 1º do art. 157 do Código Penal.

O roubo, tal como o furto terá as mesmas questões atinentes à consumação e tentativa que estudamos no furto. A única diferença é em relação ao roubo impróprio, pois existe uma controvérsia doutrinária.

Cabe tentativa de roubo impróprio? Quando a subtração da coisa fica tentada e a violência ou grave ameaça fica consumada?

Ex.: no exemplo anterior, o dono da casa chegou, o ladrão começa a agredí-lo e consiga reaver o que foi roubado. Há uma subtração tentada, mas a violência foi consumada. A pergunta que se coloca é: nesta hipótese vai haver tentativa de roubo impróprio?

Existem dois posicionamentos:

1ª ⇒ Damásio entende que o roubo impróprio não admite tentativa em razão do disposto no § 1º do art. 157 que deixa bem claro que a violência ou grave ameaça deve ocorrer após a coisa já estar subtraída. Ou seja, ele interpreta como tendo ocorrido a consumação da subtração para que haja o roubo impróprio. Se não houver, Damásio entende que o sujeito responde por furto tentado e lesão corporal em concurso. Ou haveria tentativa de furto mais o tipo da violência lesão corporal ou ameaça ou haveria roubo impróprio consumado. A tentativa não poderia ocorrer, porque o § 1º se utiliza da expressão “logo depois de subtraída a coisa”.

A doutrina majoritária segue o primeiro posicionamento.

2º ⇒ defendia por Nelson Hungria. Admite a tentativa do roubo impróprio já que é um crime complexo (aquele que reúne dois ou mais tipos penais como sendo seus constituintes). O art. 101 do Código Penal tem o conceito de crime complexo:

Se parte do crime complexo fica consumada, todo o crime complexo é considerado consumado. Se parte do crime complexo fica tentado, todo o crime complexo é considerado tentado.

Ele entende que como o roubo impróprio é constituído pelo furto e lesão ou ameaça, se o furto fica consumado, todo o crime complexo fica consumado porque ele ganha uma autonomia em relação a seus tipos constituintes. O Superior Tribunal de Justiça vinha aceitando a tentativa do roubo impróprio.

Vamos falar da subtração da coisa mediante trombada ou esbarrão.

Ex.: é muito comum que bandidos encostem a pessoa na parede ou dêem esbarrão, principalmente em gente de idade, para pegar os pertences. A pergunta que se coloca nesta subtração mediante esbarrão teremos furto ou roubo? Há uma violência contra a pessoa, que configuraria roubo ou violência contra a coisa, que seria crime de furto?

1º ⇒ majoritário. Esbarrão ou trombada é ato físico corporal que auxilia na subtração, sendo considerado violência contra a pessoa, uma vez que a palavra violência deve englobar tanto a lesão corporal quanto as vias de fato. No esbarrão há a utilização das vias de fato, mesmo que não haja lesão à integridade corporal. A palavra violência do art. 157 engloba tanto as vias de fato, quanto a lesão corporal propriamente dita, portanto.

Na jurisprudência há inúmeros entendimentos sobre ser furto porque as vias de fato não podem ser consideradas como violência, havendo tão somente o ânimo de importunação, não havendo o animus **lesendi????**

A professora entende absurdo não interpretar como violência.

Uma segunda situação é a violência contra a coisa que repercute na pessoa.

Ex.: A arranca uma gargantilha, brinco ou cordão, causando lesão à pessoa. Furto ou roubo?

A doutrina majoritária tem entendido que nesta hipótese haveria furto e se resultasse lesão corporal, o agressor responderia em concurso com a pena da violência.

No entanto, existe decisão no Supremo Tribunal Federal em outro sentido. É importante a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido do roubo:

***“Caracteriza-se o delito de roubo com violência física quando são arrancados da vítima objetos presos a seu corpo, ainda que este arrebatamento se faça de forma rápida e não resulte em lesão corporal”.***

Este julgado dá uma interpretação bastante ampla porque mesmo sem resultar lesão corporal, o agressor pode responder por roubo. Este posicionamento é defensável, porque se a coisa está agarrada ao corpo da vítima, a violência contra a coisa é também contra a vítima. Damásio cita a jurisprudência do TJ no Código Penal comentado, sobre um caso concreto.

Art. 157, § 2º:

Trata de causa de aumento de pena pelo roubo.

***I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;***

A questão mais relevante é a utilização de arma de brinquedo como forma de praticar o crime de roubo. Aqui devemos fazer remissão para dois artigos: art. 10, § 1º, II da Lei 9.437/97 (lei de armas) e a Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça, que está cancelada.

---

## **SÚMULA Nº 174**

---

**No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena.**

Art. 10 da lei 9.437/97:

## DOS CRIMES E DAS PENAS

*Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

*Pena - detenção de um a dois anos e multa.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

.....  
.....

*II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;*

.....  
.....

Há várias posições sobre quem pratica um roubo utilizando arma de brinquedo. Vamos citar os três mais importantes:

1ª posição ⇔ entende que o sujeito responde pelo roubo simples, pois arma de brinquedo não é considerada arma para fins do art. 157, § 2º do Código Penal. A utilização da arma de brinquedo constitui grave ameaça, elementar do tipo de roubo simples. Por outro lado, o art. 10, § 1º, II da Lei de Armas é inconstitucional por ferir o princípio da lesividade ou da ofensividade.

Não há, portanto, causa de aumento de pena do § 2º, pois a arma deve ter interpretação restrita de modo a não abarcar a arma de brinquedo. Por outro lado, o art. 10 viola o princípio da ofensividade ou lesividade, porque o bem jurídico tutelado na lei de armas é a incolumidade pública e a integridade corporal das pessoas e uma arma de brinquedo não põe em risco nenhuma das duas, portanto, este tipo penal não causa ao menos perigo ao bem jurídico tutelado, que é o requisito indispensável para que não haja violação do princípio da lesividade ou da ofensividade. O art. 10 é inconstitucional porque ele não atinge o bem jurídico tutelado, não causa perigo ao bem jurídico tutelado.

Damásio segue a primeira posição.

2ª posição ⇔ há quem entenda que a arma de brinquedo deve ser considerada arma, incidindo no art. 157, § 2º do Código Penal, e não o art. 10 § 1º da Lei de Armas por haver subsidiariedade implícita, ou seja, o art. 10, § 1º em prática de outros crimes não deve ser incluído o roubo, porque no roubo já existe um dispositivo específico que é o § 2º do art. 157. Para esta corrente, o entendimento da Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça continua vigorando.

A Súmula entendia que incidiria a causa de aumento de pena quando houvesse utilização de arma de brinquedo, então para este segmento continua em vigor o entendimento desta Súmula, embora ela esteja cancelada.

3ª posição ⇔ há concurso de crimes entre o roubo e o tipo da Lei de Armas. Aqui há quem entenda que o concurso é formal e há quem entenda que o concurso é material. Nesta

hipótese, o melhor entendimento é concurso formal, porque há uma única conduta. Esta questão não está consolidada, porque a jurisprudência tem posições em vários sentidos.

Em caso de prova, deve-se estar atento se o ideal é adotar a posição mais favorável ao réu ou não, dependendo da instituição para que se está fazendo prova.

A terceira posição considera válida a disposição do art. 10 da Lei de Armas. Há a violação ao princípio da lesividade ou ofensividade, que deve ser mencionado também.

Tudo vai depender do fundamento da causa de aumento. Se o entendimento que o fundamento da causa de aumento for o perigo de dano que existe na utilização da arma, é claro que a causa de aumento não existe na utilização da arma de brinquedo. Se o entendimento for a maior intimidação que a arma causa na pessoa, aí a arma de brinquedo se enquadraria na causa de aumento de pena.

Dar uma lida no art. 157, § 2º, I do Código Penal, pois ainda há coisas a observar sobre este artigo.

Vimos na aula passada o conceito de violência ou ameaça exercida com emprego de arma, as posições sobre a utilização da arma de brinquedo no roubo, a alegação de inconstitucionalidade do art. 10 da lei de armas, mas faltaram alguns aspectos sobre a palavra arma.

Obs. 1 ⇨ a interpretação mais adequada ao espírito da norma penal é no sentido de que se trata de arma própria, ou seja, a arma utilizada para ataque e defesa.

Ex.: punhal, canivete, revólver.

Esta interpretação leva em conta que estamos tratando de tipo penal incriminador, que está submetido ao princípio da taxatividade, de modo que a interpretação é restritiva neste sentido.

Outra questão que também temos que observar é que a expressão utilizada no inciso I é “com emprego de arma”. Esta expressão é diferente da expressão “à mão armada”. Para que incida a causa de aumento do inciso I basta que o sujeito mostre que está armado. Ele não precisa empunhar a arma ou aponta-la para que haja a incidência da causa de aumento. Mesmo que ele não pegue a arma e a aponte para a vítima, o fato da arma ser mostrada para a vítima já faz com que incida a causa de aumento.

A expressão “com emprego de arma” é diferente da expressão “à mão armada”, que significa que o sujeito precisa empunhar a arma. Isto não acontece no art. 157, § 2º, I.

Outra observação importante ⇨ se o sujeito diz que está armado, mas não está não incide a causa de aumento de pena, porque nesta hipótese, o fato do sujeito estar armado é considerado grave ameaça, se enquadrando na elementar do crime do art. 157, caput. Ele não responde com a causa de aumento; há uma mera ameaça. Materialmente ele não se encontra armado.

Diz o inciso II:

Sublinhem a expressão **concurso**. O que se exige para a incidência da causa de aumento não é necessariamente que no momento da subtração da coisa exista a presença de mais de uma pessoa, de mais de um concorrente na prática do crime.

Ex.: há uma participação moral, a título de induzimento ou instigação por parte de uma pessoa que não comparece no momento do crime, da subtração da coisa. Mesmo assim incidirá a causa de aumento, porque ela exige o concurso de pessoas, mesmo que o partícipe não esteja presente na prática da subtração. Quando se fala em concurso não é necessária a presença de todos os concorrentes no local do fato. A expressão concurso indica exatamente isto. A participação pode ser apenas moral.

A mesma redação terá o art. 155, § 4º, IV:

outra observação ⇒ não se exige para que incida a causa de aumento a identificação de todos os concorrentes na conduta criminosa. Se um dos participantes quando é preso diz que outra pessoa o auxiliou na prática do crime é o que basta para que incida a causa de aumento. Muitas vezes quem contribui a título de auxílio material são conhecidos por apelidos e muitas vezes não há como identificá-los, sabendo-se que havia outro sujeito ajudando-o materialmente. Se ficar caracterizado que o crime foi praticado em concurso de pessoas é o que basta para que incida causa de aumento, mesmo que o sujeito não seja efetivamente identificado pela Polícia.

Inciso III:

aqui o agente precisa saber que está atingindo uma pessoa que faz o transporte de valores e esta perspectiva é desnecessária, porque deve haver dolo para que incida a causa de aumento. Se o ladrão objetiva atingir alguém que acidentalmente está fazendo transporte de valores não incide a causa de aumento. Aplica-se à hipótese o art. 18, I do Código Penal:

Neste caso o sujeito prevê e quer o resultado. A menção de que o agente conhece a circunstância do transporte de valores é então desnecessária, porque se ele desconhecesse não se aplicaria a causa de aumento de pena, porque não haveria dolo. O objetivo era proteger as empresas de transportes de valores porque os ladrões fechavam ruas e tinham conhecimento dos trajetos que eles fariam.

Inciso IV:

Temos a mesma circunstância do art. 155, § 5º, IV do Código Penal porque a doutrina vem entendendo que não cabe a tentativa porque exigia o resultado que era o efetivo transporte. A única diferença é que se fala de roubo aqui e no 155 se falava de furto.

Inciso V:

Vejam que aqui abriremos um parêntesis para falar sobre o seqüestro-relâmpago. A perspectiva deste seqüestro é uma pessoa abordada em seu próprio veículo de modo que é obrigada a conduzir o bandido em seu próprio veículo em direção a vários caixas eletrônicos, sendo obrigada a fornecer a senha para retirada de dinheiro dos caixas. O veículo é utilizado como transporte. A questão que se coloca é acerca da tipificação desta conduta, porque não é questão pacífica. A jurisprudência é muito desencontrada, tendo alguns julgados falando em extorsão e roubo, outros falando sobre roubo, etc.

A perspectiva da senha é muito importante para tipificar a conduta.

O saque do dinheiro na conduta do crime só poderá ocorrer se a vítima fornecer o cartão e a senha.

1ª posição ⇔ defendida por Paulo José da Costa Jr. No roubo o mal ameaçado é iminente e o proveito econômico é contemporâneo à ameaça ou violência. Na extorsão o mal prometido é futuro, como também é futuro o proveito econômico, por isso no seqüestro-relâmpago a situação se ajusta ao tipo penal do roubo, com a causa de aumento do art. 157, § 2º, V do Código Penal. Ele entende que a distinção entre roubo e extorsão está baseada na questão da contemporaneidade ou não do proveito econômico.

Neste tipo o bandido obriga a vítima a ter um comportamento para obter uma vantagem econômica. Na extorsão a violência ou grave ameaça é de um mal futuro, assim como o proveito econômico é também futuro. Se numa determinada situação um sujeito ameaça a vítima e obtém imediatamente o proveito econômico se tem roubo e não extorsão.

Dentro desta perspectiva o seqüestro relâmpago será um roubo em que incide a casua de aumento de pena do art. 157, § 2º, V que diz que a vítima é mantida em poder do bandido com restrição de sua liberdade.

2ª posição ⇔ entende que é hipótese de extorsão. Diz Nelson Hungria:

***“tanto pode haver extorsão com violência e locupletamento atuais como com violência atual e locupletamento futuro, o que é o que acontece mais comumente”***

Ele entende que existem hipóteses em que a violência e o locupletamento e a violência são atuais e dá o exemplo do credor e do devedor.

Ex.: credor possui um título de crédito em desfavor do devedor. O devedor ameaça o credor e o obriga a inutilizar ou rasgar o título. Nelson Hungria diz que embora o locupletamento seja contemporâneo à violência, há uma extorsão. Ele diz que esta diferença utilizada para se distinguir a extorsão do roubo não está correto porque na extorsão pode haver locupletamento contemporâneo à violência. Se não é a questão do momento, o que distinguiria o roubo da extorsão?

Critério distintivo entre o roubo e a extorsão deve ser a prescindibilidade ou não do comportamento da vítima. No roubo, a vítima não pode exprimir uma vontade de qualquer gênero, pois o comportamento da vítima é irrelevante. O sujeito no roubo se apodera do bem de qualquer jeito; tanto faz o bandido dizer para ela entregar o relógio ou a bolsa,

porque mesmo que a vítima não os entregue, ele vai se apoderar do bem de qualquer jeito. O comportamento da vítima no roubo é prescindível.

Na extorsão o agente não pode realizar o objetivo pretendido a não ser com o comportamento da vítima, ele é imprescindível. O bandido, se a vítima se recusar a agir, não pode superar esta recusa. Só a vítima pode dar o resultado útil que ele pretende.

Para esta posição o seqüestro-relâmpago é tipo de extorsão. O comportamento da vítima é imprescindível. Daí alguns na jurisprudência entenderem que a hipótese é tipo do art. 158. Havendo emprego de arma e concurso de mais de uma pessoa há a incidência do § 1º do art. 158.

A perspectiva da tipificação do seqüestro relâmpago depende do ponto de vista da distinção entre roubo e extorsão. Caso se entenda que a distinção entre o roubo e a extorsão está baseada na contemporaneidade ou não do locupletamento, teremos a primeira posição. Caso se entenda que é hipótese de distinção que envolve a prescindibilidade ou não do comportamento da vítima, que parece ser a melhor, pois a doutrina mais antiga já fazia menção à hipótese de extorsão em que o locupletamento é contemporâneo, teremos um tipo de extorsão, com aumento do § 1º do art. 158.

Embora o crime de extorsão seja formal, ele exige que a vítima realize a conduta pretendida pelo agente que pratica a grave ameaça.

Na extorsão mediante seqüestro há perspectiva de resgate, o que não é o caso ventilado.

Outra questão sobre o seqüestro-relâmpago é o apoderamento do veículo que é uma perspectiva que não é tipificada autonomamente. Entende uma parte da doutrina que este apoderamento não é tipificado como crime autônomo para efeito de ajuste do tipo do roubo, pois o veículo não passa de um instrumento para que o agente possa se locomover e obter o proveito econômico.

Tem que tomar cuidado porque geralmente o comportamento é se apoderar do veículo, com a própria vítima dirigindo. Pergunta-se se este apoderamento terá uma tipificação própria, entendendo uma parte da doutrina que não porque na verdade aquele veículo foi utilizado com meio de praticar a extorsão e o veículo é abandonado.

Se o sujeito levar o veículo também, não há como deixar de considerar que há um roubo em concurso sendo praticado.

Há duas situações:

1. O veículo é utilizado e depois abandonado. Não há tipificação autônoma para o roubo do veículo.
2. Se o sujeito leva o veículo além do dinheiro dos caixas eletrônicos há concurso material da extorsão com o roubo praticado em relação ao veículo

Quando se examina a jurisprudência às vezes se encontra extorsão e roubo, sendo o roubo em relação ao veículo.

Vamos admitir que é seguida a segunda orientação. Como fica o tipo do art. 157, § 2º, V? qual o espaço de aplicação deste tipo? Esta hipótese seria aplicada quando o seqüestro é cometido como meio de execução do roubo ou contra a ação da Polícia.

Ex.: roubo a banco e as pessoas retidas no banco, ou quando a Polícia chega e as pessoas são feitas de reféns.

Nestas hipóteses se aplica o dispositivo porque há o roubo, o bandido vai roubar o banco de qualquer maneira. Só vai ocorrer o art. 157, §2º, V se houver uma conexão com o roubo. O seqüestro deve ser meio de execução ou contra a ação da Polícia.

Se o sujeito pratica um roubo e depois um seqüestro vai responder pelos dois e não pelo roubo com causa de aumento de pena do art. 157.

Art. 157, § 3º:

O § 3º deve ser dividido em duas partes:

***Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa***

Aqui as observações que têm que ser feitas são que a lesão corporal grave se refere aos §§ 1º e 2º do Código Penal e deve ser feita a remissão ao art. 129.

Esta lesão grave pode ser produzida tanto no titular do Direito de propriedade quanto num terceiro que resolva defender a vítima, estando no entorno dos acontecimentos. A lesão grave não se dirige exclusivamente em relação ao titular do Direito de propriedade.

Damásio menciona que efetivamente este crime de lesão grave pode ser imputada tanto a título de dolo quanto a título de culpa. Se a lesão corporal for leve, ou seja, não se incluir nos parágrafos mencionados, o sujeito responde pelo roubo simples; não incide no 157, § 3º. A lesão corporal leve é absorvida pela violência do caput do art. 157 do Código Penal. A lesão leve não se presta a tipificar autonomamente a lesão corporal

***se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa***

Aqui estudaremos o latrocínio, que é o fato do sujeito matar para subtrair bem da vítima. É o roubo com emprego de violência que resulta em morte dolosamente. Aqui mencionaremos a questão mais importante do latrocínio, que é a questão da tentativa de latrocínio

Hipóteses:

1ª ⇒ Subtração Consumada e Morte Consumada ⇒ Crime de Latrocínio consumado (entendimento pacífico)

2ª ⇒ Subtração Tentada e Morte Tentada ⇒ Crime de Latrocínio Tentado (entendimento pacífico)

3ª ⇒ Subtração Tentada e Morte Consumada ⇒ há quatro posicionamentos:

I ⇒ Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal entendendo pelo latrocínio consumado.

---

## SÚMULA Nº 610

---

**Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima.**

Esta Súmula parte da idéia de que o latrocínio temo homicídio qualificado muito parecido com o do art. 121, § 2º, V do Código Penal:

O fundamento é exatamente este. Quando o homicídio é praticado para garantir a execução de outro crime ele é qualificado, mas quando este outro crime é o roubo, não há a incidência do art. 121, será o latrocínio, de modo que se a morte está consumada, o latrocínio também está porque é a morte que visa a prática de outro crime, que é o roubo. Ela parte da idéia de que o latrocínio se enquadraria na hipótese do 121 se não houvesse tipo específico.

A questão a se considerar é que o latrocínio é um crime contra o patrimônio e que, portanto, não é um crime contra a vida, não se submetendo à competência do Tribunal do Júri.

2ª ⇒ Há também entendimento no sentido de que seria latrocínio tentado, com o fundamento que o latrocínio é um crime complexo, constituído de dois ou mais crimes, e se parte do crime complexo é tentada, todo o crime complexo é tentado.

Estas são as duas principais posições, as mais comuns. Há outras duas:

3ª ⇒ haveria homicídio qualificado do art. 121, § 2º, V do Código Penal, dentro da perspectiva que ele foi praticado para executar um roubo e como ele não se completa, há quem entenda que a hipótese aí se enquadra. De modo que só incidiria o 157, § 3º se a morte e a subtração estivessem consumadas.

4ª ⇒ homicídio qualificado do 121, § 2º, V do Código Penal em concurso material com roubo tentado.

4ª Subtração Consumada e Morte Tentada ⇒ Há duas posições:

1ª ⇨ Latrocínio tentado, dentro da perspectiva de que o crime é complexo e parte está tentada, estando todo o crime tentado.

2ª ⇨ homicídio qualificado do 121, § 2º, V tentado mais um roubo consumado.

O mais comum de ocorrer é o terceiro caso, onde há quatro posições.

Ex.: agente inicia o roubo e resolve matar a vítima depois. Se houve quebra da perspectiva, pode até haver concurso material. Se ele descobre que a vítima é um desafeto seu, por exemplo.

Fazer remissão ao art. 1º, II da lei 8072/90, porque será crime hediondo.

Ex.: Há resultado morte de um comparsa. Não configura, como regra, o latrocínio. A violência deve ser empregada em relação à vítima e não em relação ao co-autor do roubo, para que haja um latrocínio, exceto na hipótese de aberratio ictus, art. 73 do Código Penal. Fazer remissão para este artigo do 157, § 3º.

Ex.: dois bandidos estão praticando um roubo e um deles acerta no comparsa, por erro na execução, querendo matar a vítima. Neste caso, as características da vítima virtual é que vão ser consideradas para fins de justificação da conduta.

Se ele quis matar o comparsa para ficar com o produto do roubo é irrelevante para o latrocínio.

Damásio e alguns autores dizem que a morte no 157, § 3º pode ser a título de dolo ou culpa.

Vamos falar sobre o tipo do art. 158 do Código Penal:

Toda a extorsão é um constrangimento ilegal especializado, ele existe para que a vítima faça ou deixe de fazer alguma coisa a que ela não está obrigada em virtude de lei.

Elemento especializador ⇨ a finalidade de obter vantagem econômica.

Outra questão que já vimos é que na extorsão o comportamento da vítima é imprescindível. Fazer remissão do 158 para o art. 59, caput que tem a expressão **comportamento da vítima**, sublinhando-a. É a questão mais importante da extorsão, porque ele não pode ser substituído tanto é assim que no art. 157 há a redução da capacidade de resistência da vítima como meio de perpetrar o roubo e no 158 não há o meio de execução porque o comportamento da vítima é imprescindível.

Há uma questão acerca da classificação da extorsão em relação a seu momento consumativo. Ela pode ser considerada crime formal ou material. Existe a Súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça que define:

---

## SÚMULA Nº 96

---

### **O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.**

Em outras palavras, o crime de extorsão é crime formal. Basta que o sujeito pratique a conduta de constranger a vítima, mesmo que ele não obtenha a vantagem econômica.

Ex.: A digita sua senha, mas o caixa eletrônico está indisponível e o bandido não consegue a vantagem indevida. Não importa porque o crime já está consumado. Basta a finalidade de obter a vantagem indevida a obtenção é mero exaurimento do crime de extorsão. Na doutrina mais antiga, Magalhães Noronha defendia que era crime material, mas é posição isolada.

Cabe tentativa de extorsão? Sim. Tentativa de extorsão ocorre quando o sujeito passivo, não obstante constrangido, não realiza a conduta positiva ou negativa exigida pelo agente, ou quando a ameaça não chega ao conhecimento do sujeito passivo, ou até mesmo quando a vítima não se intimida. O momento consumativo ocorre quando o sujeito ativo pratica o constrangimento. Há o momento em que a vítima pratica a conduta exigida pelo sujeito ativo e o momento em que há a vantagem econômica. Basta o segundo momento para que o crime se tenha consumado.

Se a conduta ficar apenas no constrangimento e a vítima não se intimida, há uma tentativa de extorsão, ou quando a ameaça é feita por via postal e não chega ao conhecimento da vítima também há tentativa.

O art. 158, § 1º:

A redação é diferente do § 2º do 157, que fala do concurso de duas ou mais pessoas. Para que incida a causa de aumento é necessário que duas ou mais pessoas executem a extorsão. No concurso não há necessidade no momento, no local do fato e aqui é preciso.

Em relação ao emprego de arma, as observações sobre a arma de brinquedo se aplicam aqui.

Defende-se que há o art. 158, caput do Código Penal mais o art. 10, § 1º, II da lei 9437/97, se for considerado que o dispositivo do art. 10 não é inconstitucional.

Caso se entenda que o art. 10 viola o princípio da lesividade ou ofensividade, o sujeito será enquadrado no caput do art. 158 porque a arma de brinquedo se enquadra na grave ameaça constante do art. 158.

No § 2º do art. 158:

***§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.***

Mesmas observações já feitas para o art. 157, § 3º

Art. 159:

É norma especial em relação ao art. 158 e o elemento especializador será o meio que é o seqüestro. Se abstrairmos e retirarmos do 159 o seqüestro, teremos o crime de extorsão.

Ex.: a pessoa que simula seu próprio seqüestro para tirar dinheiro dos pais. Não há seqüestro, mas permanece o crime de extorsão, porque se utiliza de grave ameaça para extorquir dinheiro das vítimas. O partícipe, que tem 16 anos responde no juizado da infância e da adolescência.

Momento consumativo ⇔ momento em que ocorre a privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante, ou seja, se ficar caracterizado em questão de prova que a privação foi por instantes, há tentativa. O tempo vai variar de decisão judicial para decisão judicial.

Na maioria dos casos do 159, § 1º, se o seqüestro durar mais de 24 horas a reclusão é de 2 a 20 anos, de modo que qualquer seqüestro inferior a 24 horas não é tempo juridicamente relevante. Se não chegar a isto ou foi resgatada antes de 24 horas, será tentativa. Na maioria dos casos será crime consumado.

A extorsão mediante seqüestro é crime formal, bastando a privação da liberdade da vítima para sua consumação, mesmo que o resgate não seja pedido à família da vítima.

Ex.: a vítima fica dois dias presa e o contacto com a família não foi feito. A vítima é resgatada, mas o crime está consumado, porque quando ele privou a vítima de sua liberdade tinha a finalidade de efetivamente pedir o resgate.

Ex.: A seqüestra B, pede o resgate, mas antes de recebê-lo é pego. O crime está consumado.

O crime do art. 159 é permanente com todos os consectários lógicos que isto traz, ou seja, a prescrição só começa a correr quando cessa a permanência e se sobrevém uma lei nova mais grave, enquanto a vítima está no cativeiro, esta lei se aplica ao caso concreto. São os efeitos que a permanência vai trazer para a hipótese.

Obs. 1: Se a vítima é menor de quatorze anos incide o art. 9º da Lei 8072, de crimes hediondos, que prevê causa de aumento de metade. Fazer remissão do § 1º para o art. 9º da lei 8072.

Obs. 2: havendo quadrilha ou bando não há concurso do art. 159 com o crime do art. 288 porque existe a qualificadora do 159, § 1º do Código Penal. Não cabe sumular em concurso material com o crime do 288 do Código Penal.

São também qualificadoras as disposições dos §§ 2º e 3º:

O mais importante deste artigo é o § 4º, que é o instituto da delação premiada:

Prevê uma causa de diminuição de pena, que só incidirá se houver uma eficácia efetiva da libertação do seqüestrado. Ela deve ser útil à libertação da vítima.

Ex.: se o cativo já tiver sido descoberto pela Polícia, não incidirá a delação premiada.

Art. 160 ⇒ extorsão indireta

Aqui há uma série de remissões que devem ser feitas porque são tipos penais em que há cobrança de dívidas. Fazer remissão para o art. 71 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 345 do Código Penal, que dispõe sobre o exercício arbitrário das próprias razões. Todos os tipos penais têm em comum a cobrança de dívida feita de forma indevida.

No art. 345 do Código Penal o credor se apodera de bens do devedor para satisfazer seu crédito:

No art. 160 o credor se utiliza do fato da dívida que o devedor tem com ele para se apoderar de documentos que incriminem este devedor. Documentos que podem ser cartas, um segredo que de alguma forma faça com que a garantia da dívida gere uma coação futura.

Aqui deve ser observado que o fato de A ter dívida com B e este pede um cheque como garantia. Passar cheque sem fundos é estelionato. A conta não tem fundos e ele sabe. Nesta hipótese não há extorsão indireta, porque o cheque que é passado não pode ser considerado documento que vá instaurar procedimento criminal porque o cheque tem sua natureza transmutada porque não é ordem de pagamento à vista, porque ele tem uma data. O fato de se exigir o cheque como garantia não é extorsão indireta. Ele não enseja o cometimento de crimes da parte do devedor. As práticas comerciais fazem com que este cheque perca sua característica.

O art. 160 tem dois núcleos do tipo: exigir e receber. Na modalidade de exigir ele é crime formal e na de receber é crime material.

O cheque dado é muito comum, até em financeira. Mediante a alegação de que não tinha fundos o devedor pode alegar que seria um documento contra ele, mas não é porque as práticas comerciais alteraram a natureza do cheque.

O cheque sem fundo é trabalhado de forma muito particular no âmbito do Código Penal.

Art. 161 do Código Penal:

Aqui trata-se de propriedade imóvel. O sujeito visa apropriar-se da propriedade vizinha, mediante supressão ou deslocamento de tapume. Aqui há um crime formal; mesmo que o sujeito não consiga se apropriar da propriedade alheia, o crime está consumado com o afastamento do tapume.

No § °, I, quando se fala de água não é a água apropriada economicamente, porque se assim fosse, seria crime de furto e não o do art. 161. Neste artigo temos a água da natureza, aquela que não está economicamente apropriada. No art. 161 fazer remissão de diferente do 155, § 3º do Código Penal.

O Inciso II há violência ou grave ameaça e basta apenas uma pessoa para que incida este dispositivo. Na segunda parte é exigida a presença do invasor e mais três, será necessário quatro pessoas, no mínimo.

Esubulho não é mera turbação da posse, é intenção de espoliar o sujeito passivo do bem imóvel. Se trata de crime que, segundo o § 2º do artigo, se resulta lesão corporal ou morte, o sujeito responde por concurso material entre os dois crimes.

Se a propriedade é particular, procede-se mediante queixa ⇔ é típico de invasões de terra.

## **Rixa**

Vamos continuar a estudar o crime de rixa, porque chegamos a fazer algumas considerações, mas não tratamos da questão da rixa qualificada, do momento consumativo e nem da tentativa. Salvo engano vimos que a rixa é caracterizada pelo tumulto generalizado, por violências recíprocas, bem como vias de fato recíprocas. Na verdade, não se consegue visualizar de onde partem as agressões. Todos são ao mesmo tempo sujeito ativo e sujeito passivo da rixa.

Vimos também que a rixa tem uma exigência de um nº mínimo de pessoas, que é de três, portanto, é um crime de concurso necessário, que exige a participação de três pessoas, pelo menos. Dentre estas três pessoas pode haver inimputáveis ou não identificadas, que são considerados para se obter o número mínimo de três.

Outra questão que vimos e será importante para tratar da tentativa é que há duas posições sobre a forma de surgimento da rixa:

1 ⇔ entende que ela tem a característica da subaneidade como imprescindível. Para ela a rixa só pode ser ex improviso, tem que surgir de forma súbita, sob pena de não se configurar o crime de rixa (Delmanto, Paulo José da Costa Júnior).

2 ⇒ esta parte tem bastante repercussão porque tem muitos autores defendendo: tanto pode ser ex improviso quanto ex proposito. Pode ser súbita ou preordenada (Damásio, Hungria, Magalhães Noronha).

Vimos que é preciso distinguir a participação na rixa da participação do crime de rixa. Veja que o núcleo do tipo na rixa é justamente o verbo participar:

Quando se fala em participação na rixa estamos falando em participação direta na briga, quem intervém diretamente na briga, no corpo a corpo da confusão. O sujeito que integra a briga é autor do crime de rixa, porque está praticando a conduta núcleo do tipo, já a participação no crime de rixa configura o concurso acessório, ou seja, o sujeito que instiga, induz, promovendo o auxílio moral para a briga, concorre com participação material, fornecendo um pedaço de pau aos outros.

Estes respondem como partícipes no crime de rixa e para tipificar a conduta deles é necessário lançar mão do art. 29 do Código Penal:

Participação na rixa é uma coisa e no crime de rixa é outra.

Resultado típico do crime de rixa ⇒ perigo de dano. É crime de perigo presumido ou abstrato, ou seja, havendo a configuração da briga, o crime de rixa já se considera consumado. A briga em si já configura um perigo de dano, não precisa se comprovar que na hipótese houve perigo de dano. O fato de se iniciar a briga já configura o crime de rixa como crime de perigo abstrato. Não importa se ocorre ou não algum resultado mais danoso posterior. O momento consumativo da rixa ocorre com as vias de fato ou violências recíprocas. Não importa se não sai ninguém machucado da rixa, se não há resultado danoso posterior. Isto é importante porque dá a diferenciação da rixa qualificada, como veremos posteriormente.

Pergunta que se coloca ⇒ cabe tentativa no crime de rixa?

Cabimento da tentativa vai depender da visão que se tem acerca das formas de surgimento da rixa. Há duas correntes acerca do cabimento da tentativa:

1ª ⇒ para os que entendem que a subaneidade é uma característica imprescindível da rixa não há possibilidade de tentativa.

2ª ⇒ para os que entendem que a rixa pode ser súbita ou preordenada, a tentativa é cabível apenas na segunda hipótese.

Ex.: Grupo de pessoas que combinam uma rixa por diversão em determinada hora e lugar. Se as pessoas são impedidas pela autoridade policial de prosseguir em seu objetivo, cabe falar em tentativa.

Ex.: Baile funk, onde as pessoas vão com este intuito.

Elemento subjetivo do tipo de rixa ⇒ dolo de perigo, a vontade de participar da briga, mesmo que o sujeito não queira o resultado danoso. Participa só pela diversão de brigar.

Art. 137, § único trata de rixa qualificada e aqui existe uma série de controvérsias importantes que passam pela análise da responsabilidade penal objetiva.

***Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.***

O que qualifica a rixa é a lesão de natureza grave ou a morte. Estes resultados podem atingir um dos contendores, quanto um transeunte quanto o próprio apaziguador. Se o apaziguador ou o transeunte sofrem algum resultado do § único a rixa é qualificada.

1ª questão ⇒ caso não se identifique o indivíduo que causou a lesão corporal grave ou a morte todos os contendores respondem pela rixa qualificada. Quando se identifica de onde partiu a agressão que causou a lesão corporal grave ou a morte, o identificado responde por lesão corporal grave ou homicídio e aí vai depender do elemento subjetivo, se a título de dolo ou culpa e pela rixa. Responde por ambos os crimes. A pergunta que se coloca é: responde pela rixa simples ou qualificada? A doutrina mais moderna vai defender que ele responde pela rixa simples, sob pena de haver um bis in idem (visão predominante). O resultado morte ou lesão corporal já está sendo imputado ao sujeito a título de um crime autônomo. Alguns autores defendem, ainda que o sujeito responde pela rixa qualificada por entenderem que a objetividade jurídica da rixa e dos crimes de lesão corporal e homicídio são objetividades diferentes. Sublinhar a palavra fato no § único. O posicionamento que predomina na doutrina moderna é o primeiro.

Resta a questão atinente aos outros contendores. Havendo a identificação de quem foi o sujeito que causou a morte ou lesão corporal grave os outros contendores respondem pela rixa qualificada ou simples? Há quem entenda que os outros contendores respondem pelo resultado qualificador a título de culpa, justamente por causa da palavra fato. Eles teriam contribuído com sua conduta para que os resultados qualificadores aconteçam. Ocorre que a doutrina mais moderna entende que eles respondem pela rixa por dois motivos: a responsabilidade penal é individual, se é identificado o causador do resultado mais grave os outros não podem responder pelo resultado. Aqui os fundamentos utilizados por esta corrente são os artigos 19 do Código Penal e a exposição de motivos do Código Penal no nº 16.

Vale dizer, se consigo identificar o causador de resultado mais grave, a responsabilidade é individual. Os outros contendores não podem responder pelo resultado, sob pena de responsabilidade penal objetiva. A palavra fato afasta a idéia de responsabilização destes sujeitos; não é pelo fato, mas pela conduta culposa deles que responderão. Se a conduta culposa for de pessoa identificada eles não responderão pela rixa qualificada e sim pela simples.

## Crimes contra a honra

Basicamente começaremos tratando da distinção entre dois conceitos: honra objetiva e subjetiva. Estes conceitos são básicos porque serão importantes na análise do momento consumativo do crime contra a honra. De acordo com a objetividade jurídica do crime, se é a honra subjetiva ou objetiva, poderá variar o momento da consumação.

Honra objetiva ⇔ é a reputação do indivíduo. É aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão em relação a seus atributos físicos, morais e intelectuais.

Honra subjetiva ⇔ sentimento que cada um possui de si mesmo acerca de seus atributos físicos, morais e intelectuais.

A calúnia e difamação atingem a honra objetiva, enquanto a injúria atinge a honra subjetiva.

Distinções entre calúnia, difamação e injúria.

Na calúnia ocorre a imputação de um fato definido como crime (em sentido estrito e não contravenção).

Na difamação a imputação é de um fato não criminoso, embora ofensivo à reputação do sujeito.

Outra distinção importante é que na calúnia existe um elemento normativo do tipo, que é a falsidade da imputação a qual não é exigida na difamação.

A injúria versa sobre a atribuição de qualidade negativa ao ofendido.

Art. 138 do Código Penal:

Vejam que a calúnia é imputar fato que é previsto na lei penal como crime, e aqui crime deve ser interpretado em sentido estrito, interpretação deve ser restritiva, levando em conta o princípio da reserva legal absoluta, da taxatividade da lei penal. Se a hipótese for imputação de contravenção não é calúnia.

Ex.: A diz a B: você sempre se apresenta em público embriagado (o que constitui uma contravenção). Não é calúnia, mas difamação.

A falsidade da imputação, na calúnia, é elemento normativo do tipo. O crime não existiu, ou existiu ou não tem como autor o sujeito que está sendo ofendido na calúnia. Se não ficar configurada a falsidade da imputação, ou seja, se a imputação for verdadeira, o sujeito não responde por calúnia. É diferente da difamação, porque mesmo o fato imputado pode ser verdadeiro. Independentemente de qualquer coisa o difamador responde pela difamação. O crime permanece mesmo que o fato seja verdadeiro.

Na injúria o que se verifica é a atribuição de uma qualidade negativa, não se atribui fato específico.

Ex.: se houver um fato atribuído a uma pessoa, juntamente com a qualidade negativa, a difamação vai absorver a injúria.

Vamos começar a analisar pela calúnia, definida no art. 138 do Código Penal.

A primeira questão que se trata é da calúnia da pessoa jurídica. Será que ela pode ser caluniada? A calúnia é imputação de fato criminoso. Para que a pessoa jurídica possa ser caluniada, em princípio deve-se analisar se ela pode ser sujeito ativo do crime, ou seja, se ela tiver responsabilidade penal.

Em regra, nos crimes comuns, a pessoa jurídica não pode ser caluniada, pois não é sujeito ativo de crime. Contudo, nos crimes ambientais, por força dos art. 3º e 21 a 24 da Lei 9.605/98, poderá ser caluniada no âmbito dos delitos ambientais:

Vimos quando estudamos a Lei 9.605 que há uma série de requisitos para que a pessoa jurídica possa responder por crimes ambientais e mencionamos o art. 3º que exige que o ato que é imputado à pessoa jurídica tenha se revertido em favor dela. Se os sócios praticam um ato que não dá nenhum lucro, nenhum proveito para a pessoa jurídica, ele não pode ser imputado como crime para a pessoa jurídica, mas para os sócios individualmente. Nosso sistema penal adotou um sistema intermediário entre o total descabimento da responsabilidade da pessoa jurídica de uma forma total e o cabimento integral dessa responsabilidade.

Os sistemas ligados ao Direito anglo-saxônico admitem a responsabilidade da penal da pessoa jurídica sem uma indagação mais profunda. Outros sistemas, por outro lado, proibem de forma absoluta a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nosso sistema não adota como regra geral a responsabilidade penal da pessoa jurídica, portanto, é necessário que haja um dispositivo legal específico mencionando esta responsabilidade penal, como acontece no art. 3º, não se tratando de um instituto geral do Código Penal, mas pontualmente e na lei ambiental ela é admitida.

A calúnia será admitida no âmbito da lei 9.605, porque a pessoa jurídica pode responder penalmente. Quanto aos crimes comuns, é óbvio que não existe calúnia porque ela não é passível de responder penalmente.

Outra observação importante, porque já caiu em prova é o definido no art. 138, § 2º:

***§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.***

Sujeito passivo não são os mortos, são os parentes do falecido, pode ser o cônjuge, ascendentes, descendentes, irmão do falecido, etc..

Outra característica indispensável no crime de calúnia é que a imputação se dirija a uma pessoa certa e determinada, ela não pode ser genérica e nem se referir a um grupo de pessoas em que não haja uma identificação.

Ex.: todos os padres católicos são pedófilos. Isso não configura calúnia porque é preciso que haja pessoa certa e determinada para configurar o crime do art. 138.

Outra questão importante é que o fato seja definido como crime.

Ex.: dizer que A costuma tomar o que é dos outros é uma forma eufemística de chamá-lo de ladrão, imputar-lhe uma qualidade negativa, vale dizer, é hipótese de injúria e não de calúnia.

Qualidade negativa é diferente de indicação de fato certo e determinado. Se fosse falado que eu sei que A, ontem furtou algo da casa de B, seria a imputação de fato certo e determinado. Eufemisticamente pode-se atribuir uma qualidade negativa, como expressão sinônima.

Meios de execução ⇔ existem dois meios: a forma oral e a forma escrita de se praticar a calúnia. Dependendo da forma de execução da calúnia o crime será unisubsistente ou plurisubsistente. Dependendo da forma caberá ou não a tentativa.

Isto é importante porque os crimes contra a honra são crimes formais, ou seja, basta que se configure a imputação falsa de fato criminoso, ofensivo à honra ou imputação de qualidade negativa, para que o crime esteja consumado, mesmo que o sujeito não se sinta pessoalmente ofendido. Não se exige para a consumação dos crimes que se comprove no caso concreto que a pessoa tenha se sentido ofendida.

Os crimes contra a honra são crimes formais e embora formais admitem tentativa, dependendo do meio de execução. O fato do crime ser formal não implica em que não cabe tentativa.

O que define se cabe tentativa é a unisubsistência ou plurisubsistência do crime.

Pela forma oral é unisubsistente o crime de calúnia, não admitindo tentativa. Na forma escrita é plurisubsistente, admitindo a tentativa, porque cabe o fracionamento dos atos executórios.

Outra questão é a da aplicação do princípio da especialidade. Fazer remissão no Código Penal, nos crimes contra a honra para os artigos 20 a 22 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), para os artigos 26 da lei 7170 (Lei de Segurança Nacional) e 324 a 326 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

Na verdade, pelo princípio da especialidade, se os crimes contra a honra forem praticados pela imprensa haverá a tipificação nos artigos 20 a 22 da Lei 5.250.

Outro artigo importante é o art. 23 da Lei 7.170 que trata dos crimes de calúnia e difamação do Presidente da República, do Senado, Câmara ou Supremo Tribunal Federal.

É preciso que haja motivação política, como requisito implícito no art. 26.

Outra hipótese da aplicação do princípio da especialidade é no Código Eleitoral, Lei 4.737, artigos 324 a 326, onde o fato é cometido quando da propaganda eleitoral ou visando fins de propaganda eleitoral. Vejam que se o fato é cometido visando propaganda ou na propaganda através da imprensa, prevalecerá o Código Eleitoral.

Na especialização primeiro seria o Código Eleitoral e depois a Lei de Imprensa.

Veremos que não cabe a exceção da verdade por força de algumas injunções políticas. Na seqüência falaremos sobre a exceção da verdade.

Outra questão importante versa sobre o consentimento do ofendido. Os crimes contra a honra, justamente porque a objetividade jurídica é disponível, admitem a exclusão do crime através do consentimento do ofendido. Vejam que haverá aqui uma causa de exclusão da ilicitude da conduta. O consentimento exclui a conduta criminosa dos crimes contra a honra, justamente porque a objetividade jurídica é disponível por parte do ofendido. Outra questão importante será o art. 140, § 3º que mencionaremos adiante.

As condutas típicas do crime do 138 são o imputar, divulgar e o propalar. Qual seria a diferença entre eles?

Imputar ⇔ atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de um crime.

Propalar ⇔ relatar verbalmente.

Divulgar ⇔ narrar o fato por qualquer meio.

O § 1º do art. 138 trata da hipótese de dolo direto.

***§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.***

Só responde pelo § 1º aquele que atua com dolo direto. Não cabe a questão atinente ao dolo eventual. A hipótese é que o elemento subjetivo do tipo é o dolo direto.

Uma outra questão relevante na calúnia é o elemento normativo do tipo, consistente do “falsamente”. Ele exige que o fato criminoso seja falsamente imputado a alguém e aqui existe a questão da exceção da verdade. Há hipóteses em que não cabe.

Se o art. 138 exige como elemento normativo do tipo a falsidade da imputação, é porque se a imputação for verdadeira não haverá a prática do crime do art. 138. se o sujeito

tiver praticado o crime que lhe está sendo imputado, o suposto caluniador não responde pelo art. 138 pois falta um elemento do tipo, que é a falsidade da imputação.

Esta questão da falsidade da imputação é tratada como defesa da pessoa que está respondendo pelo crime de calúnia. A pessoa pode se defender utilizando-se da exceção da verdade, que tem como natureza jurídica no âmbito processual a natureza de questão prejudicial. Ela nada mais é do que um meio de defesa utilizado pelo sujeito que responde pela calúnia para provar a veracidade da imputação. Ela é a prova da veracidade da imputação. Para o juiz analisar o mérito da ação penal e verificar se houve crime de calúnia, ele precisa analisar como questão prejudicial se a imputação é falsa ou verdadeira. Como regra geral, justamente porque existe no âmbito do crime de calúnia o elemento normativo do tipo que é a falsidade da imputação, admite-se na calúnia a exceção da verdade.

Entretanto, o art. 138, § 31C prevê uma série de hipóteses em que não cabe a exceção da verdade:

Aqui essas hipóteses são as que excepcionalmente não cabe a exceção da verdade, afastando-se esta possibilidade. A pergunta da prova era qual era o fundamento utilizado pelo Código Penal nas hipóteses do § 3º para que não caiba a exceção da verdade. São fundamentos fortes que mencionaremos porque esse é o meio de defesa do dito caluniador. No inciso I:

***I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;***

Nós estudamos no Processo Penal que na ação penal privada vigora o princípio da conveniência ou oportunidade no âmbito da propositura da ação penal privada, diferentemente do princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal pública incondicionada. O importante no âmbito da ação penal privada é ter em mente que existe um respeito à faculdade do ofendido de ajuizar ou não a ação penal, seja por motivo do bem jurídico tutelado ser disponível ou em razão do que já vimos em outra oportunidade, que é o *strepitus cuore*, que é a vergonha que o processo penal pode causar ao ofendido, ou seja, em sede de ação penal privada vigora o princípio da conveniência e oportunidade, que tem diversos consectários, como o instituto da preempção, do perdão do ofendido, que são institutos que no curso do processo penal da ação penal privada podem ensejar a extinção da punibilidade, mesmo que a queixa já tenha sido oferecida, como por exemplo, se o ofendido deixa de comparecer a um dos atos processuais, se não pede em alegações finais a condenação do sujeito. Em razão disto não cabe exceção da verdade em crimes de ação penal privada, porque se alguém imputa um crime de ação penal privada a uma pessoa e o ofendido não quis processá-lo, não será o dito caluniador que fará a prova da existência do crime.

Na verdade, o fundamento de não caber a exceção da verdade é o fato do crime de ação penal privada ser um crime que fica subordinado ao princípio da conveniência e oportunidade do ofendido. Todos os crimes referentes ao capítulo dos crimes contra os costumes se enquadram nesta hipótese.

Inciso II:

***II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;***

Já o artigo mencionado dispõe que:

***Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:***

***I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;***

Aqui vigora um fundamento de ordem política para que não caiba a exceção da verdade. Se o presidente da república comete crime há outros instrumentos jurídicos, como o impeachment, para que se perquirira a prática deste crime. A motivação é para impedir que qualquer um politicamente mal intencionado comece a caluniar o Presidente da República.

Inciso III:

***III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.***

Aqui temos a imputação de um crime de ação pública em que o sujeito tenha sido absolvido, existindo coisa julgada, o fundamento é a proibição da revisão criminal pro societatis, pois se já há coisa julgada em favor do sujeito dizendo que ele foi absolvido não cabe reabrir a questão. O respeito ao princípio da coisa julgada e à proibição da revisão criminal pro societatis é o fundamento deste inciso.

Basicamente essa era a resposta à questão da prova de juiz de Direito.

Elemento subjetivo dos tipos dos crimes contra a honra ⇔ existe controvérsia doutrinária a este respeito.

1ª posição ⇔ há quem entenda que é o dolo de dano direto ou eventual. Exige-se, para essa corrente doutrinária, a vontade de lesar a honra alheia.

2ª posição ⇔ consciência do caráter lesivo da expressão ou imputação, não se exigindo a intenção de prejudicar a honra, de lesioná-la.

3ª posição ⇔ muito mencionado pela doutrina. O elemento subjetivo é o animus difamandi neo injuriandi, não se confundiria com o dolo, exigindo tão somente o cunho de seriedade que o sujeito imprime em seu comportamento. Na verdade, este animus estaria afastado se houvesse por parte do sujeito um animus narrandi, animus jocandi, animus criticandi, animus corrigendi, se o sujeito tivesse tão somente o intuito de narrar um fato que ele tem ciência.

Ex.: testemunha em um processo diz ao juiz que ouviu falar que o denunciado realmente praticou peculato. A testemunha não tem ânimo de ofender ou caluniar o sujeito;

ela está narrando um fato que ela ouviu dizer. O ânimo dela não é de ofender ou caluniar a pessoa, mas narra algum fato que foi a ela mencionado e o juiz está perguntando.

O animus jocandi é o de brincadeira, como Casseta e Planeta que não te animo de injúria.

Animus criticandi é o das críticas feitas em jornal sobre livros e filmes, que não têm o objetivo da injúria ou difamação, embora alguns se sintam sensíveis a críticas.

Animus corrigendi é o do pai que chama o filho de preguiçoso, porque ele fica o dia inteiro no quarto estudando para o concurso que nunca chega. Ele não está querendo injuriar o filho.

Estas hipóteses excluem o elemento subjetivo do tipo nos crimes contra a honra.

Se o fato imputado na calúnia for uma contravenção, a hipótese não será de calúnia, mas de difamação. Quais são as formas de calúnia existentes? Ela pode ser de três formas:

1. explícita ou inequívoca ⇨ hipótese de alguém que aponta uma pessoa como sendo o estuprador que está realizando vários estupros na comunidade em que ele vive. Existe uma calúnia inequívoca.

2. implícita ⇨ quando se vê dois sujeitos e um deles trabalha em uma repartição pública e a ele é imputado o seguinte fato: não fui eu quem ficou se beneficiando todos estes anos dos cofres públicos. Este aqui, implicitamente está dizendo que o outro está praticando peculato, desviando dinheiro público. Isso é uma forma eufemística de dizer que o outro está desviando dinheiro de sua repartição.

3. reflexa ⇨ o fato de se imputar a um promotor a conduta de não ter denunciado uma certa pessoa porque recebeu propina de outra. É óbvio que embora o alvo seja o promotor, aquela que ofereceu a propina também é alvo de imputação de crime de corrupção. Mesmo que diretamente não se queira atingir a terceira pessoa, ela pode e é atingida pela imputação feita.

Momento consumativo da calúnia ⇨ momento em que terceiro toma conhecimento da imputação, mesmo que a vítima, o ofendido, não tenha tido conhecimento desta calúnia. A calúnia atinge a honra objetiva, a reputação, e justamente por isso o momento consumativo é este.

Observação importante ⇨ remissão no Código Penal. Denúnciação caluniosa no art. 339 do Código Penal. Na verdade, a denúnciação caluniosa absorve a calúnia, que é um crime subsidiário em relação à denúnciação caluniosa.

Se da calúnia resulta a instauração de um dos procedimentos descritos no caput do artigo, o sujeito responde só pela denúnciação caluniosa, porque a calúnia fica absorvida pelo crime do 339. ela passou a ser punida pelo inquérito civil ou ação de improbidade administrativa.

Difamação – art. 139 do Código Penal.

Na difamação a objetividade jurídica é a honra objetiva, a reputação, sendo que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, como a calúnia e a injúria. Neste caso, o fato que é imputado por força da difamação tem que ser fato, preciso concreto e determinado. Se houver uma narração vaga, imprecisa no âmbito da difamação, a hipótese será de injúria, mas não de difamação. Não se exige narração pormenorizada, embora o fato tenha que ser preciso e certo.

Ex.: sujeito que comprou apartamento para se encontrar com a amante. Mesmo que o outro não saiba onde é o apartamento, o simples fato de mencionar sua compra já é suficiente para caracterizar a difamação. Ele não precisa fazer como o Ministério Público na denúncia, descendo a detalhes. Se ele diz que A costuma ter amantes, praticar peculatos, é atribuição de qualidade negativa, não crime de difamação ou calúnia. Vejam que é uma forma diferente de dizer que A é mulhengo, ladrão, etc.

Em relação à falsidade ou não, não se exige que o fato seja falso, mas excepcionalmente há possibilidade da exceção da verdade, que é a hipótese do § único.

Ex.: A teve atribuído a si o fato de dormir todos os dias na repartição e não faz nada; os processos estão todos atrasados. Este fato é passível de exceção da verdade, porque existe o interesse da Administração Pública de apurar este fato. A regra geral na difamação é que não cabe a exceção da verdade, mas quando o fato imputado é sobre o exercício das funções de funcionário público, há interesse da Administração em apurar o fato.

O momento consumativo da difamação é o momento em que ocorre o conhecimento da imputação por terceiro que não a vítima, assim como na denúncia. Mesmo que a vítima não tome conhecimento da imputação, o crime está consumado porque a difamação atinge a honra objetiva.

#### Injúria - Art. 140 do Código Penal

Numa primeira observação, que é a mais importante, é distinguir a injúria qualificada do desacato. A injúria qualificada é a do art. 141, II do Código Penal:

Vamos imaginar a hipótese de funcionário público a quem é atribuída uma qualidade negativa que se refere ao exercício das funções. Será que a hipótese é de injúria qualificada ou de desacato, art. 331 do Código Penal? Esta questão sempre cai em prova.

Distinção entre injúria qualificada e desacato ⇔ o desacato exige a presença do funcionário público, sendo o fato praticado em razão e por ocasião do exercício da função. Ausente o funcionário no momento da conduta, ainda que realizada em razão da função, a hipótese é de injúria qualificada (art. 141, II do Código Penal).

Ex. 1: funcionário público em um bar, tomando uma cerveja, passa uma pessoa e xinga este funcionário de mulhengo.

Ex. 2: mesma cena e o funcionário é xingado de corrupto por uma pessoa que ali passa. Nesta hipótese teremos uma injúria qualificada porque o xingamento existe em razão da função.

Se este funcionário público é xingado de corrupto no local de seu trabalho terá havido a prática do crime de desacato, porque o xingamento é em razão e por ocasião da função. Esta é a diferença básica desta hipótese.

Ainda sobre a injúria, que atinge a honra subjetiva, que configura o momento consumativo no âmbito do conhecimento do ofendido. O momento consumativo é aquele em que o ofendido toma conhecimento da atribuição da qualidade negativa. É diferente do momento consumativo da calúnia e difamação.

Na injúria não se admite a exceção da verdade, justamente porque seria ridículo e absurdo o fato de uma pessoa provar por A+B que não é feio, por exemplo.

O crime é formal.

Art. 140, § 1º:

Aqui há a figura do perdão judicial e no caso do inciso II deve haver outra injúria também, não pode ser difamação, senão não cabe perdão judicial.

As mesmas observações que foram feitas para o perdão judicial podemos fazer agora; observações sobre a natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial, súmula do Superior Tribunal de Justiça, a questão de se considerar a sentença declaratória da extinção da punibilidade e não condenatória.

Art. 140, § 2º do Código Penal:

A injúria real, que consiste e, violência ou vias de fato, as vias de fato são absorvidas pela injúria real. Se ocorrer uma lesão corporal, teremos um concurso formal impróprio entre a injúria e a lesão corporal. Será impróprio porque as penas serão somadas, ou seja, o resultado será o mesmo, as penas serão somadas, como no concurso material. Fazer remissão ao art. 70, 2ª parte.

Exemplos de injúria real: bofetada, rasgar vestido de uma mulher, jogar excremento em uma pessoa, jogar ovo em uma pessoa. Não é caso de lesão corporal, é para injuriar, irritar a pessoa.

Falamos que iríamos fazer algumas observações sobre o racismo. Falamos sobre a injúria real (§ 2º do art. 140 do Código Penal) e paramos no § 3º do mesmo artigo.

Vimos na aula passada que a injúria tem como objetividade jurídica a honra subjetiva, de modo que ela atinge aquele sentimento que cada um possui de si mesmo. A injúria é atribuição de uma qualidade negativa ao ofendido de modo que o momento consumativo do crime de injúria será o momento em que o ofendido toma ciência dessa

atribuição de qualidade negativa. Vimos que a injúria é bem diferente da difamação e da calúnia, justamente porque a objetividade jurídica na injúria é diferente, atingida é a honra subjetiva.

Tema interessante na injúria é que justamente pelo fato dela atingir a honra subjetiva, a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo da injúria. Justamente porque ela não goza de honra subjetiva, de modo que não cabe falar em injúria de pessoa jurídica. Fazer remissão do art. 140 do Código Penal ao art. 23, III da Lei 5.250 (Lei de Imprensa), porque este artigo, ao contrário do que foi exposto, deixa entrever que seria possível falar em injúria de pessoa jurídica:

***Art. 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:***

***III - contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.***

De modo que pelo se percebe nesta redação, este dispositivo dá a entender que seria possível falar em injúria em relação à pessoa jurídica. A doutrina majoritariamente vem entendendo que não é possível a configuração da injúria com relação à pessoa jurídica, principalmente porque ela não goza de honra subjetiva, que seria um sentimento. Mesmo com esta redação a doutrina vinha afastando esta hipótese.

Vimos também na aula passada que a injúria pode ser injúria real e aí os parágrafos do art. 140 são as formas qualificadas de injúria. O § 2º trata da injúria real que pode ser praticada por vias de fato ou com violência, leia-se, lesão corporal, dano que seja causado contra a pessoa. Isto terá importância quanto ao tipo de ação penal na injúria real.

O mais importante e o que trataremos na aula de hoje é o § 3º do art. 140:

***Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.***

***§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.459, de 13.5.1997)  
Pena - reclusão de um a três anos e multa.***

Observem que este parágrafo foi acrescentado por uma lei de 1997 que passou a tipificar a conduta de injúria discriminatória como sendo uma injúria qualificada. Ela é chamada injúria discriminatória ou de preconceito, que são nomes dados pela doutrina.

Ela não se refere apenas à questão da raça ou da cor, ela se refere à religião e origem também. O importante é distinguir esta injúria discriminatória do crime de racismo que está previsto na lei 7.716/89, que é uma lei que merece ser estudada na medida em que o Supremo Tribunal Federal vem discutindo a questão do racismo num determinado habeas corpus que encontramos no informativo 318.

O art. 1º desta lei é o vetor interpretativo de todos os artigos da lei. Na verdade é uma elementar dos outros tipos.

***Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)***

Em todos os tipos penais mencionados nesta lei, este deve ser o comportamento seguido pelo agente em razão da discriminação prevista no art. 1º.

***Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos.***

Aqui, embora o § 3º não expresse claramente que é em razão de preconceito de raça, cor, credo, etc. isto é uma decorrência do art. 1º. Ele serve de vetor para todas as tipificações das condutas da lei de racismo. O art. 4º dispõe:

***Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.***

***Pena: reclusão de dois a cinco anos.***

O que podemos perceber é que os tipos penais são todos tipos que prevêm atos de impedimento em razão da discriminação, preconceito de raça, cor religião, etnia, etc.

A injúria discriminatória é a imputação de uma qualidade negativa em decorrência do preconceito. Vejam que as condutas são essencialmente diferentes. Na injúria discriminatória se imputa uma qualidade negativa e no racismo se impede a pessoa de praticar um ato que ela poderia praticar pela lei, que a lei não proíbe que ela pratique. Os tipos penais da lei do racismo se aproximam muito do tipo do constrangimento ilegal. É como se fosse um constrangimento ilegal especializado pela discriminação de raça, cor, etnia, etc. Os atos da lei do racismo não são atos de mera imputação de qualidade negativa como acontece na injúria discriminatória; são atos de impedimento. A pessoa deixa de fazer alguma coisa em virtude de preconceito.

O tipo do constrangimento ilegal está no art. 146 do Código Penal:

***Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:***

***Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.***

***Aumento de pena***

*§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.*

*§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.*

*§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:*

*I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;*

*II - a coação exercida para impedir suicídio.*

A aproximação é mal comparando porque na verdade nem todas as elementares do tipo do constrangimento estarão previstas no racismo, mas se aproxima do constrangimento porque o sujeito será impedido de frequentar clubes (art. 9º), de ter acesso a restaurantes, bares, hotéis, etc.

Também devemos perceber que a pena do crime de racismo é bem superior à pena da injúria discriminatória porque outro obsta algo que outro poderia pela lei praticar por força deste preconceito.

O crime de racismo só vai acontecer se o sujeito tiver sido impedido de praticar algum dos atos previstos na lei 7.716.

No art. 20 está disposto que:

*Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)*

*Pena: reclusão de um a três anos e multa.*

*§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.*

*Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.*

*§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:*

*Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.*

*§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:*

*I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;*

*II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.*

*§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.*

O artigo 20 suscitou a discussão quando da publicação de um livro que segundo o Ministério Público constituiria um livro de propagação do nazismo e isto deu ensejo à discussão no Supremo Tribunal Federal. Esta conduta é de incitação à discriminação.

É importante mencionar e distinguir os tipos porque no racismo, no mesmo contexto fático pode haver um ato de impedimento e ao mesmo tempo seja xingada. Nesta hipótese poderia se defender que a pessoa respondesse apenas pelo crime de racismo porque na verdade o ato decorreu do preconceito e se tornou explícito em razão da expressão da qualidade negativa.

Ex.: A tenta entrar no clube e é xingado também. O xingamento é a expressão do preconceito que ensejou o impedimento. A injúria discriminatória fica consumida pelo racismo.

Ex.: a filha do governador do Espírito Santo foi mandada para o elevador de serviço, mas a professora não se lembra na época do contexto da história.

A injúria discriminatória pode ser um ato velado através de símbolos ou gestos e é difícil a comprovação de casos concretos. Os Tribunais não tiveram ainda casos para estabelecer discussão. O que se vem discutindo no Supremo Tribunal Federal em relação ao crime de racismo é o alcance que é dado à expressão racismo no art. 5º, XLII da Constituição da República.

***XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;***

Fazer remissão a este artigo na Lei de racismo.

A discussão que surge é da expressão racismo porque há uma consequência jurídico-penal muito grande neste crime que é a imprescritibilidade. Lembrem-se do que falamos quando tratamos da prescrição: o Direito penal moderno e o princípio da humanidade da pena estabelece que como regra geral todos os crimes são passíveis de prescrição. Esse é um princípio informador do Direito penal moderno. Ocorre que há algumas exceções da regra da prescritibilidade que estão previstas na própria Constituição da República. Uma destas exceções é o inciso XLII, ou seja, o Estado não tem prazo para exercer sua pretensão punitiva em relação ao crime de racismo.

A questão que se coloca é que houve uma ampliação da lei do racismo para se abarcar como discriminatórias condutas que sejam referentes também à religião e à origem da pessoa. Inicialmente na lei de racismo não havia menção à origem ou à religião.

O caso que se discute é o do escritor e sócio da editora que publicou distribuiu e vendeu ao público obras anti semitas, relacionadas à religião. A pergunta, se cabe hc, é se a expressão racismo poderia também abarcar a discriminação relativa à religião. Para quem quiser verificar, o informativo 318 do Supremo Tribunal Federal trata da questão. Este julgamento foi adiado por duas vezes e há uma pressão sobre ele. Ele ainda não terminou.

A questão trata do hc de condenado pelo art. 20 da lei 7.716 na redação dada pela lei 8081/90 pelo delito de discriminação contra os judeus por ter como sócio da editora publicado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas, delito este a que foi atribuída imprescritibilidade pelo art. 5º, XLII da Constituição da República.

Preliminarmente o Tribunal indeferiu questão de ordem suscitada pelo Ministro Carlos Brito no sentido da concessão de hc de ofício sob o entendimento que não se teria demonstrado que os livros objeto da denúncia forma editados na vigência da lei 8.081, o que implicaria nulidade absoluta do processo por ofensa ao princípio constitucional de irretroatividade da lei penal, por ausência dos requisitos indispensáveis à concessão do hc de ofício. Considerou-se que o fundamento da impetração limita-se à imprescritibilidade, não sendo possível em sede de hc o reexame da matéria probatória.

O Min. Carlos Brito queira conceder hc de ofício para anular o processo todo em vista da questão da irretroatividade da lei penal, porque não haveria prova de que ele teria publicado o livro após a inserção da questão da religião no âmbito da discriminação na lei 7.716. isto foi afastado pelo Tribunal.

O Min. Celso de Mello disse que racismo inclui a questão da religião, salientou que o ato de incitação do racismo não se prende à data da publicação do livro, mas da divulgação das idéias nele contidas, afastando a irretroatividade da lei penal e o Min. Carlos Brito proferiu voto vista no sentido do deferimento do hc para absolver o paciente por considerar atípica a conduta cuja prática não se caracterizara como discriminatória, estando enquadrada na sua liberdade de iniciativa na qualidade de empresário. Este art. 20 dá ensejo a uma questão de colisão de princípios no âmbito da Constituição da República. De um Aldo há a liberdade de expressão de iniciativa e de outro há a questão do racismo, da honra destas pessoas.

Após o julgamento foi adiado em razão do pedido de vista do Min. Marco Aurélio.

O mero ato de publicação é consumação do crime. Este julgamento deve ser acompanhado e não saiu uma decisão definitiva.

Este tipo do art. 20 é misto alternativo; se ele pratica qualquer destas condutas já está com o crime consumado.

Art. 141 do Código Penal trata de causa de aumento na parte especial do Código Penal:

***Disposições comuns***

***Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:***

***I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;***

***II - contra funcionário público, em razão de suas funções;***

***III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.***

***Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.***

Atenção aqui porque já foi objeto de prova e na calúnia praticada contra presidente da república não cabe exceção da verdade, por fundamentos políticos. Fazer remissão para o art. 138, § 3º, II do Código Penal que fala do não cabimento da exceção da verdade. A

motivação é política e há procedimento constitucional próprio para apuração das condutas praticadas pelo presidente da república que é o crime de responsabilidade e o impeachment.

O inciso II do art. 141 fala do crime praticado contra funcionário público em razão de suas funções. Aqui também deve ser feita remissão para o crime de desacato. Vimos exemplos que mencionamos que desacato vai ser praticado em razão da função e por ocasião da função.

O art. 141, III terá causa de aumento por razões óbvias. Embora o momento consumativo do crime de injúria seja o momento em que o sujeito toma conhecimento da imputação de qualidade negativa, se essa injúria é praticada através de meio que facilite a divulgação, como a pessoa contratar carro de som para injuriar alguém, é óbvio que o crime estará consumado quando o injuriado ouvir, mas também está claro que o crime terá uma causa de aumento pelo meio utilizado.

Se o crime for através da imprensa, estará tipificado na lei 5.250. fazer remissão porque não pode ser pela imprensa. Se for por ela incidirão os artigos 20 a 22 da lei 5.250.

Parágrafo único ⇔ não tem dúvida.

Art. 142 trata de causas especiais de exclusão da ilicitude. Ele é para a parte especial que contém causas de exclusão da ilicitude. A natureza jurídica, portanto, destes dispositivos é causa de exclusão da ilicitude.

Fazer no art. 23 do Código Penal remissão ao art. 142 do Código Penal que trata da mesma coisa na parte especial.

***Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:***

***I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;***

***II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;***

***III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.***

***Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.***

O inciso I deste artigo trata do que se chama imunidade judiciária, questão que consta de diversos editais, principalmente na área federal. Já foi perguntado em prova o que é imunidade judiciária, sua extensão e seu alcance.

Imunidade judiciária é a de caráter substantivo que protege o advogado em seu exercício profissional. Ela tem sua sede na Constituição da República. Atualmente o art. 133 da Constituição da República menciona a imunidade do advogado.

***Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.***

A palavra inviolável se refere exatamente a essa imunidade judiciária. O art. 142 do Código Penal não apenas no que diz respeito à imunidade judiciária, mas a todos os casos de que trata não se refere à calúnia, porque na calúnia há um interesse do Estado em punir as condutas criminosas. Na calúnia há um elemento subjetivo do tipo, que é o dolo.

Essa imunidade judiciária se refere tanto a ofensas verbais quanto às escritas, ou seja, as manifestações do advogado em audiência ou por escrito.

Exige-se também um requisito implícito na imunidade judiciária que é o nexos de causalidade entre a ofensa e os debates no âmbito do processo. Se a ofensa não tiver nenhuma relação com o objeto do processo, o advogado não pode se valer da imunidade judiciária.

Ex.: advogado imputa uma qualidade negativa a uma pessoa que não é parte no processo, uma ofensa a uma pessoa que não tem nada a ver com a resolução da causa. Ele não se poderá valer da imunidade judiciária. Este é um requisito implícito da lei e vai depender do caso concreto se a ofensa tem ou não o nexos da causalidade.

As partes também podem se valer da imunidade. Estas partes devem ser entendidas da forma mais ampla possível, abrangendo o autor, réu, terceiro prejudicado que recorre, o chamado à autoria, assistente, todas as pessoas que tenham algum interesse jurídico no processo, inclusive nos procedimentos de jurisdição voluntária. A interpretação que se dá aqui é a mais ampla possível, porque este artigo é causa de exclusão de ilicitude.

A palavra causa no art. 142, I pode ser o processo administrativo. Não precisa ser apenas o processo judicial, pode ser procedimento de jurisdição voluntária.

Existe um posicionamento no âmbito da jurisprudência no sentido de que as ofensas dirigidas ao juiz não estão abrangidas pela imunidade. Mesmo após a Constituição da República de 1988 que passou a prever a imunidade judiciária esta jurisprudência vem prevalecendo.

O inciso II é a chamada imunidade literária. Mesmo que não houvesse este inciso as hipóteses de críticas proferidas na literatura e ciência não configurariam crime contra a honra porque não existiria o elemento subjetivo do tipo. Havendo o animus criticandi não há que se falar no elemento subjetivo do tipo, que é o animus difamandi.

Tanto assim é que o art. 142, II prevê a ressalva se houver a intenção de injuriar ou difamar. Se houver o elemento subjetivo o sujeito responde.

A testemunha tem o animus narrandi, falta também o elemento subjetivo.

Outra questão importante é a do inciso II que trata da imunidade funcional, quando o funcionário público emite uma opinião. Quando, por exemplo, ele emite uma avaliação de serviços prestados. É óbvio que ele está atuando por dever de ofício. Se ele emitir avaliação desfavorável não responderá por injúria ou difamação, a menos que fique configurado que há o ânimo da difamação.

As imunidades dos incisos I e II são imunidades pessoais, ou seja, quem dá publicidade às ofensas respondem pelo crime porque é pessoal em relação aos agentes abarcados pela imunidade.

Art. 143 trata da retratação:

### ***Retratação***

***Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.***

A retratação, como regra geral, não é causa de extinção da punibilidade. Ela pode ser utilizada como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal pelo juiz, para fins de fixar a pena base a seu mínimo, na primeira fase do sistema trifásico. Entretanto, excepcionalmente, a retratação é causa extintiva da punibilidade. Vejam que aqui nos crimes contra a honra, como exceção, ela é causa extintiva de punibilidade. Fazer remissão ao rt. 107, VI do Código Penal.

***Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)***

.....  
.....  
***VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;***

A retratação precisa vir prevista expressamente, que é o que acontece no art. 143 do Código Penal. Retratar significa desdizer-se, negar que se falou anteriormente. Isto é importante porque o retratado não se confunde com confessar o crime. Uma pessoa pode confessar que imputou um fato ofensivo à reputação de uma outra pessoa, e não querer retirar o que disse. Retratar-se é retirar o que foi dito, o fato ofensivo no âmbito à difamação. A retratação só se refere aos crimes que atingem a honra objetiva, ou seja, uma calúnia ou uma difamação.

Em relação à calúnia e à difamação existe a imputação de um fato e há interesse em ter aquele fato desmentido, retirada sua imputação. Na injúria não cabe a retratação.

Ação penal

A retratação só vale na ação penal privada, ou seja, nos crimes contra a honra que são de ação penal privada porque o Código Penal no art. 143 se refere ao querelado. É bom

sublinhar esta palavra no artigo porque ela está dizendo que a retratação cabe apenas na hipótese de ação penal privada.

Alguns julgados isolados vinham entendendo de uma forma diferente e aí, dependendo da prova que se venha fazer, vale mencionar que apesar de ser entendimento minoritário pode ser ventilado. Eles vinham entendendo que em alguns crimes contra a honra em que a ação penal fosse pública condicionada à representação, havendo uma extensão. Este posicionamento é mais favorável ao réu, embora minoritário.

Outra observação importante ⇔ a retratação tem que acontecer até a sentença de primeiro grau, não se tratando de decisão com trânsito em julgado.

A retratação é unilateral, vale dizer, não se exige a aceitação do ofendido em relação à retratação. Uma vez ocorrida a retratação, que o réu tenha negado o que falou anteriormente, o juiz decreta a extinção da punibilidade, mesmo que o ofendido esteja com muita raiva e não a aceite. Isto não interessa. Ela deve ser retratação completa, cabal.

Outra observação ⇔ a retratação não se comunica no concurso de pessoas. É uma circunstância subjetiva incomunicável. Fazer remissão para o art. 30 do Código Penal. Ela será pessoal em relação a cada um daqueles que se retrataram.

Observação sobre o art. 144 do Código Penal que fala sobre o pedido de explicações.

***Art. 144 - Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.***

Aqui este pedido de explicações é um instituto que precisa ser visto com muito cuidado porque a redação do artigo dá a entender que haverá um julgamento do pedido de explicações, quando na verdade não é o que acontece. Este pedido é um instrumento que não surte qualquer efeito no prazo decadencial da ação penal privada e isto é muito importante. O ato do advogado ajuizar o pedido de explicações não interrompe nem suspende o prazo decadencial da ação penal privada, porque este não se interrompe nem se suspende.

Pergunta da prova oral da professora ⇔ se o fórum fechar mais cedo por inundação, no último dia do prazo para propor uma ação penal privada, o que acontece com o prazo? Ele termina porque é decadencial, é um Direito potestativo. É um Direito de influir na esfera jurídica de outrem.

Então o advogado que ajuíza pedido de explicações para influir no prazo de ajuizamento da ação penal privada se engana redondamente.

Se o pretense ofensor dá explicações insatisfatórias ou não dá satisfação nenhuma, o juiz não o condena nos autos do pedido de explicações. Qual é a eficácia do pedido de

explicações? O juiz manda notificar o suposto ofensor, este entrega as explicações e o juiz as entrega ao suposto ofendido. Ele não profere decisão jurisdicional sobre as explicações. Este artigo 144 no final deixa entrever que ele responde pela ofensa e na verdade não é isso que acontece. O juiz pode levar em conta o pedido de explicações para perquirir a existência de justa causa na ação penal privada que venha a ser proposta depois. Digamos que as explicações tenham esclarecido o mal entendido, ele não queria injuriar nem caluniar ninguém, mas mesmo assim o ofendido propõe ação penal privada. O juiz leva em conta as explicações para fins de receber ou não a denúncia, entendendo, por exemplo que não exista a justa causa, não existe a configuração do ânimo.

Outra eficácia jurídica diz respeito a tornar o juízo preventivo, de modo que a ação penal privada que venha a ser proposta posteriormente venha a ser distribuída por dependência, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal:

*Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).*

O art. 145 do Código Penal vai tratar da ação penal dos crimes contra a honra e é rico em termos de prova:

*Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.*

*Parágrafo único - Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n.º I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n.º II do mesmo artigo.*

Este artigo vai definir qual a espécie de ação penal nos diversos crimes contra a honra já estudados. A regra geral no âmbito destes crimes é que sejam de ação penal privada. Nos crimes contra a honra o crime pode ser de ação penal pública incondicionada, ação penal pública condicionada à representação e ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

A 1ª hipótese é do 145, caput. Está se falando da injúria real em que há como resultado a lesão corporal na ressalva do caput.

Injúria real com vias de fato ⇔ ação penal privada

Injúria real com lesão corporal ⇔ ação penal pública incondicionada